

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

GUILHERME GOERCK CONFORTIN

**PRECEDENTES JUDICIAIS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL:
ASPECTOS DA DISTINÇÃO (DISTINGUISHING) E DA SUPERAÇÃO
(OVERRULING)**

CURITIBA
2016

GUILHERME GOERCK CONFORTIN

**PRECEDENTES JUDICIAIS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL:
ASPECTOS DA DISTINÇÃO (DISTINGUISHING) E DA SUPERAÇÃO
(OVERRULING)**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade de Direito, Setor de Ciência Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial para obtenção de grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Clayton de Albuquerque Maranhão

CURITIBA
2016

GUILHERME GOERCK CONFORTIN

**PRECEDENTES JUDICIAIS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL:
ASPECTOS DA DISTINÇÃO (DISTINGUISHING) E DA SUPERAÇÃO
(OVERRULING)**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Clayton de Albuquerque Maranhão
Orientador

Eduardo Talamini
Primeiro Membro

Ricardo Alexandre da Silva
Segundo Membro

RESUMO

O presente trabalho tem por objeto a análise teórica da dinamicidade do instituto dos precedentes judiciais no nosso ordenamento jurídico, especialmente após a edição do Novo Código de Processo Civil, Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Após devida conceituação e uma reconstrução histórica comparando as tradições de Civil Law e Common Law, com uma consequente constatação do real papel da interpretação para a ciência jurídica, faremos uma detida observação do modelo híbrido brasileiro e a atenção que é dispensada ao precedente no atual momento do direito processual civil em nosso país. Finalmente, se discutirá a respeito das técnicas de distinção (*distinguishing*) e superação (*overruling*), evidenciando-se o caráter dinâmico do precedente judicial e suas perspectivas de aplicação, com a inevitável conclusão a favor do respeito a este instituto.

ABSTRACT

The present work's object is the theoretical analysis of legal precedents in the Brazilian legal system, especially after the promulgation of the law 13.105, from march/2015, establishing the New Code of Civil Process. After a much-needed analysis of the concepts behind the theory of precedents, and its historical reconstruction comparing its development in *Common Law* and *Civil Law*, we will offer a careful observation of the Brazilian hybrid system and the space for precedents according to the new processual reality in this country. Finally, we will analyze the practice of distinguishing and overruling, taking into consideration the dynamic character of legal precedents and its method of application. This work both analyses legal precedents and advocate their use.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	6
2. PERSPECTIVA HISTÓRICA	8
2.1. A BUSCA PELA SEGURANÇA JURÍDICA	8
2.2. A TRADIÇÃO DO <i>COMMON LAW</i> : OS ORÁCULOS DO DIREITO.....	10
2.3. A TRADIÇÃO FRANCESA DO <i>CIVIL LAW</i>	13
2.4. INTERPRETAÇÃO E PRECEDENTES	16
3. DA NECESSIDADE DE RESPEITO AOS PRECEDENTES.....	20
3.1. EM DEFESA DO USO DOS PRECEDENTES.....	21
3.1.1. A garantia de segurança jurídica	21
3.1.2. A garantia da igualdade.....	23
3.1.3. Outros aspectos: respeito à hierarquia das cortes e eficiência do judiciário	26
3.2. DESAFIOS AO USO DOS PRECEDENTES	27
3.3. O CONCEITO DE PRECEDENTE	29
3.3.1. <i>Ratio decidendi</i>	30
3.3.2. <i>Obiter dictum</i>	31
3.3.3. Critérios de identificação dos precedentes	32
4. OS PRECEDENTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	34
4.1. RECONSTRUÇÃO DOGMÁTICA: O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	34
4.1.1. A introdução dos precedentes no direito brasileiro	38
4.1.2. Precedentes, Jurisprudência e Súmula	39
4.2. A TÉCNICA DA DISTINÇÃO (<i>DISTINGUISHING</i>)	42
4.3. A TÉCNICA DA SUPERAÇÃO (<i>OVERRULING</i>)	47
4.3.1. Modulação dos efeitos na técnica do <i>overruling</i>	49
5. CONCLUSÃO	53
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	55

1. INTRODUÇÃO

Quando se fala em teoria dos precedentes, a questão da segurança jurídica deve ser colocada em uma posição central nas preocupações do legislador e da doutrina. Um sistema de precedentes eficaz deve ser capaz de garantir a unidade do direito, proibindo a prática reiterada dos tribunais de decidir casos iguais de forma desigual.

Se a teoria dos precedentes nasceu no sistema inglês do *Common Law*, hoje se pode ver a importância da adoção do sistema inclusive nos sistemas que, como o brasileiro, nasceram na tradição continental do *Civil Law*. Para garantir o papel hierárquico das Cortes Supremas em determinar a correta interpretação das normas jurídicas e a função das cortes de justiça na aplicação das teses firmadas nas decisões daquelas cortes, se faz necessária uma teoria que garanta a estabilidade da interpretação jurídica – um sistema que respeite os seus precedentes.

Essa importância não escapou ao legislador brasileiro na confecção do Código de Processo Civil de 2015, que traz elementos inovadores para a adoção de um sistema de precedentes no Brasil. A importância de um conhecimento sólido sobre a teoria de precedentes e sobre as peculiaridades de sua sistematização no Novo Código de Processo Civil, assim como a atualidade do tema, são os motivos determinantes para o tema deste trabalho.

No primeiro capítulo será apresentado um panorama histórico do desenvolvimento distinto das tradições jurídicas do *Civil Law* e do *Common Law* na busca pela segurança jurídica. Com isso, demonstraremos os mitos que fundaram cada tipo de ordenamento jurídico, evidenciando, dessa forma, as peculiaridades de cada sistema e as razões que levaram ao seu desenvolvimento específico de uma forma ou de outra. Conclui-se ao final que desfazendo-se os mitos fundantes tanto do *Civil Law* quanto do *Common Law*, ambos os sistemas acabariam chegando à conclusão de que a interpretação judicial representaria um fator central para qualquer ordenamento jurídico que se pretenda cognoscível, estável, confiável e eficaz.

Em seguida, será apresentada uma defesa da importância da adoção de um sistema de precedentes eficaz e sua habilidade em garantir aspectos fundamentais para a justiça, como a segurança jurídica e a igualdade, além de elementos

importantes para o funcionamento sistêmico do ordenamento, como o respeito a hierarquia das cortes e a garantia da eficiência do poder judiciário. Como não pode deixar de ser, serão apresentados também alguns desafios à implementação eficiente do sistema de precedentes, cujo principal representante seria o impasse criado por este sistema ao desenvolvimento social-normativo do direito.

A partir desse desafio é que o último capítulo dedicará especial atenção a legislação do Código de Processo Civil de 2015, demonstrando alguns de seus equívocos conceituais no tratamento do precedente e os esclarecendo. O principal objetivo, porém, será a explicação das técnicas de afastamento do poder vinculante dos precedentes: técnicas essenciais para a revogação de precedentes desatualizados ou para a correta aplicação – ou não – de precedentes em casos cujo contexto fático mostra-se distinto daquele da decisão-precedente. As técnicas mencionadas, como se verá à frente, são as técnicas da distinção (*distinguishing*) e da superação (*overruling*).

Atravessando os tópicos mencionados o presente trabalho busca oferecer uma visão panorâmica do desenvolvimento histórico do sistema de precedentes, de sua importância e de sua aplicação na renovada legislação processual civil brasileira.

2. PERSPECTIVA HISTÓRICA

2.1. A BUSCA PELA SEGURANÇA JURÍDICA

A busca pela segurança jurídica tem se mostrado um problema central de qualquer ordenamento. Sendo a vinculação do exercício do poder à ordem jurídica uma forma de atribuir racionalidade e retirar a arbitrariedade de tal exercício (uma espécie de domesticação do poder), a fim de se promover a justiça, o desejo de se entender o raciocínio jurídico se revela como necessidade numa sociedade que busca a liberdade e a igualdade entre seus cidadãos. A previsibilidade do conteúdo das decisões judiciais, a possibilidade de seu controle e a compreensão da racionalidade do ordenamento jurídico são características que permeiam um ordenamento marcado pela segurança jurídica, onde é possível o conhecimento de como é exercido o poder, e como controlá-lo (MITIDIERO, 2016, p. 20-21).

Em poucas palavras: a segurança jurídica serve ao combate da situação indesejável na qual casos iguais são decididos de forma desigual. Como Luiz Guilherme Marinoni ensina, tal situação, comum na prática jurídica de muitos países, inclusive o nosso, transforma em piada de mau gosto o princípio de que todos são iguais perante a lei (MARINONI, 2016, p. 80). O acontecimento reiterado deste fenômeno nos tribunais torna importante retomar a antiga questão da segurança jurídica e colocá-la como preocupação central para a construção de uma tradição jurídica que se pretenda justa e igualitária.

Mas ao que nos referimos quando falamos de “segurança jurídica”? Apesar de compreendermos quase que intuitivamente as implicações que devem ser geradas pela busca deste conceito, devemos ter em mente uma definição concreta, para a partir dela guiar nosso pensamento. Nos ensinamentos de Humberto Ávila é que se encontram os elementos essenciais da segurança no interior de uma ordem jurídica, são eles: cognoscibilidade, estabilidade, confiabilidade e efetividade (ÁVILA, 2011, p. 250-256). Conforme explica Daniel Mitidiero:

Nenhuma ordem jurídica pode ser considerada segura se inexistir cognoscibilidade a respeito do que deve reger determinada situação da vida.

É necessário que o sistema jurídico viabilize certeza a respeito de como as pessoas devem se comportar, sem o que não se pode saber exatamente o que é seguro ou não. Sem cognoscibilidade, não há como existir segurança de orientação ("Orientierungssicherheit"), isto é, segurança a respeito daquilo que nos é exigido pela ordem jurídica diante de dada situação concreta. A segurança jurídica depende igualmente da ideia de estabilidade (continuidade, permanência, durabilidade), porque uma ordem jurídica sujeita a variações abruptas não provê condições mínimas para que as pessoas possam se organizar e planejar suas vidas. Uma ordem jurídica segura constitui ainda uma ordem confiável, isto é, que é capaz de reagir contra surpresas injustas e proteger a firme expectativa naquilo que é conhecido e naquilo com que se concretamente planejou. A segurança jurídica depende, por fim, da capacidade de efetividade normativa. Vale dizer: de segurança de realização ("Realisierungssicherheit"). Isso porque só é seguro aquilo que tem a capacidade de se impor acaso ameaçado ou efetivamente violado. Isso explica a razão pela qual a ideia de segurança jurídica também é normalmente associada à noção de inviolabilidade normativa. (MITIDIERO, 2016, p. 22-23)

A reunião desses elementos permite uniformidade na aplicação do direito, garantindo-se assim a liberdade e a igualdade: existe uma conexão necessária entre os elementos da segurança jurídica e a garantia dos princípios de justiça. Igualmente, o prévio conhecimento normativo por parte dos cidadãos lhes permite uma orientação conforme o direito – conforme tal racionalidade. Desta forma, fica claro como apenas um ordenamento que é pautado pela segurança jurídica possibilita um controle racional do poder – uma verdadeira vinculação ao Direito.

Nos próximos tópicos, será apresentado um panorama histórico do desenvolvimento do conceito de segurança jurídica e do uso de precedentes no mundo do *Common Law* e do *Civil Law*. Defenderemos, de acordo com Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni, que ambas se fundam em falácias sobre a possibilidade de construção de um ordenamento cognoscível, estável, confiável e efetivo. Se na tradição inglesa acreditava-se no juiz como um oráculo do Direito, que declarava a norma preexistente, consubstanciada no *Common Law*, na tradição continental, mais precisamente a francesa, o juiz era visto como um mero aplicador da norma imposta pelo legislador, ou seja, um ser quase inanimado (MITIDIERO, 2016, p. 24)

2.2. A TRADIÇÃO DO *COMMON LAW*: OS ORÁCULOS DO DIREITO

Quando se trata de segurança jurídica, a questão do uso dos precedentes demonstra-se de fundamental importância. A força vinculante que uma determinada jurisdição concede aos precedentes poderá ser determinante para a concretização ou não dos ideais de liberdade, igualdade e justiça. Dessa forma, é importante conhecer o desenvolvimento histórico do entendimento sobre a questão da segurança em diferentes tradições jurídicas.

No direito de tradição inglesa, a segurança jurídica foi confiada exclusivamente à atividade judicial. Vistos inicialmente como oráculos do direito (*oracles of the law*), acreditava-se que os juízes declaravam um direito já previamente existente – suas decisões compreendiam as soluções já prescritas no *Common Law*. Como explica Mitidiero, acreditava-se que o direito seria descoberto e declarado pelos juízes, que conseguiriam acessar seu conteúdo através dos costumes imemoriais do homem inglês (MITIDIERO, 2016, p. 34).

Em decorrência deste elemento naturalista de uma tradição que seria questionada apenas nos sécs. XVI e XVII, toda decisão proferida era considerada um precedente, pois teria identificado e declarado o direito como ele é. A interpretação judicial, assim, era uma atividade cognitiva, que buscava no ordenamento jurídico a norma que, mediante silogismo, seria a resposta adequada para o caso concreto (MITIDIERO, 2016, p. 35).

A partir daqui, pode-se explicar o desenvolvimento do conceito de precedentes ao longo do amadurecimento da tradição jurídica britânica. O conceito passaria por uma evolução no seu emprego semântico ao longo do tempo que poderia ser sintetizada pelas ideias de ilustração, persuasão e vinculação. Esta primeira fase trata-se da fase da ilustração, na qual nenhum juiz considerava-se *vinculado* ao precedente. As decisões anteriores eram usadas como elementos de experiência judicial, utilizados para refletir o *Common Law* (MITIDIERO, 2016, p. 27-29).

À visão ilustrativa, segue-se o pensamento persuasivo como defendido, dentre outros, por William Blackstone. O juiz, verificando que o caso que se apresenta

compreende solução já fixada em precedente, está limitado a declarar o direito ali contido (MARINONI, 2016, p. 25). Contudo:

Situada em meio a uma disputa teórica mais abrangente a respeito das relações entre o precedente e a razão, a posição de Blackstone sobre o assunto era clara: "precedents and rules must be followed, unless flatly absurd or unjust". Vale dizer: precedentes devem ser seguidos, ao menos que evidentemente absurdos ou injustos. Em outras palavras, isso quer dizer que os juízes teriam que se convencer que o precedente não é absurdo ou injusto para aplicá-lo. Sendo absurdo ou injusto, o precedente poderia ser descartado como norma para solução do caso. O precedente - pelas suas razões - deveria convencer o juízo a respeito da bondade da sua solução para o caso. (MITIDIERO, 2016, p. 34)

Por dever convencer o juízo de sua justeza, chamamos essa compreensão do precedente de persuasiva. Ou, como bem define Maranhão, seriam precedentes apenas culturalmente vinculantes (MARANHÃO, 2016, p. 6-7). Em contraponto a estas duas visões – ilustrativa e persuasiva -, criticadas por serem ficções infantis, baseadas na crença de que os juízes declarariam um ordenamento existente desde sempre e cujo autor é ignorado, além do fato de que o juiz poderia simplesmente ignorar o precedente, meramente ilustrativo ou insuficientemente persuasivo, Jeremy Bentham e John Austin desenvolveram a teoria constitutiva da jurisdição, que reconhecia ser o direito um produto da atividade judicial, ou seja, criado pelos magistrados, que possuíam *law-making authority* (MARINONI, 2016, p. 25).

A nova teoria apresentada pelo pensamento positivista de Bentham e Austin, trazia consigo uma espécie de pessimismo em relação a possibilidade de segurança jurídica, colocando a questão no eixo central das dificuldades enfrentadas pela disciplina jurídica nos séculos que viriam. A gritante ausência de segurança jurídica evidenciada por esta teoria da criação judicial do direito, que importava na constatação de que o ordenamento carecia de normas jurídicas sujeitas à devida cognoscibilidade e julgados anteriores cuja observação era apenas voluntária¹, resultou na elaboração do caráter obrigatório do precedente. O século XIX é, portanto, o formador da teoria

¹ "(...) a possibilidade de afastamento do precedente pela discordância das suas razões por qualquer juiz tornavam as razões invocadas nas decisões judiciais simples exemplos despidos de valor normativo." (MITIDIERO, 2016, p. 42)

vinculante dos precedentes, que deixam de ser elementos persuasivos, para ocupar o espaço pertencente as normas jurídicas vinculantes.

Por essa razão, Bentham inaugurou uma verdadeira campanha pela codificação do direito inglês - que, segundo sua projeção, seria capaz de prover segurança jurídica - e pela necessidade de adoção de precedentes vinculantes em seu sistema judiciário. Em outras palavras, a principal preocupação de Bentham era com a incapacidade de o direito inglês, até então envolto em uma mística e mítica confusão de ideias, prover efetiva segurança jurídica. Austin seguiu seus passos nessa empreitada. (MITIDIERO, 2016, p. 39)

Ao mesmo tempo em que avançavam as fortes críticas de Bentham e Austin, surgia a necessidade de organizar o sistema de precedentes em fontes precisas. O maior problema, porém, seria a criação de um sistema no qual fosse possível reconhecer quais precedentes possuem caráter vinculante ou não. Para isso seria necessário conferir unidade ao sistema judiciário inglês, organizando as cortes e suas decisões numa ordem hierárquica racional e efetiva.²

O *stare decisis*, a teoria de respeito aos precedentes, foi a forma que a tradição inglesa encontrou para dar sistematicidade e racionalidade ao ordenamento jurídico (MARINONI, 2016, p. 51-52). Desenvolvida ao longo da segunda metade do século XIX, a doutrina ganhou solidez no caso *London Tramways Co. v. London County Council* (1898). Foi neste caso que a então corte suprema inglesa, a *House of Lords*, decidiu pela força vinculante dos precedentes no direito inglês. Mais tarde, a corte perceberia que uma vinculação necessária aos seus próprios precedentes teria o efeito de inviabilizar o desenvolvimento do direito e sua evolução conjunta com a sociedade. Por esse motivo, em 1966 a *House of Lords* decidiu que poderia superar seus próprios precedentes (MARINONI, 2016, p. 89) com o objetivo de não outorgar decisão injusta e permitir a “necessária abertura que o direito deve proporcionar para acolher a evolução social” (MITIDIERO, 2016, p. 43).

² “Buscando outorgar racionalidade à organização judiciária inglesa, os Judicature Acts de 1873 - 1875 unificaram as jurisdições de *Common Law* e *de Equity* e estruturaram as cortes inglesas em um sistema hierárquico-piramidal (*High Court of Justice* e *Court of Appeal*). Apesar de excluída a jurisdição da *House of Lords* nesse primeiro momento, essa foi reintroduzida logo em seguida com o Judicature Act de 1876 no ápice da organização judiciária, posição em que permaneceu até o advento da *Supreme Court of the United Kingdom* por força do *Constitutional Reform Act de 2005*.” (MITIDIERO, 2016, p. 41)

O caso inglês, como exposto, desfaz o mito dos oráculos do direito. Demonstra uma luta histórica em busca da segurança jurídica como arma contra a autoridade arbitrária. O desenvolvimento do raciocínio sobre a função e a aplicação dos precedentes no direito inglês é o testamento de um tempo que buscou organizar racionalmente sua estrutura judiciária. De todo modo, o fim do mito de que os juízes declaram o direito como ele é e as novas soluções para problemas de segurança jurídica, viriam acompanhados também de novos problemas e barreiras ao desenvolvimento de um direito justo:

Emancipado do mito e da mística o processo de interpretação e aplicação do direito, cai igualmente o nobre sonho da segurança pela atuação exclusiva dos juízes a partir de uma ordem jurídica constituída cabal e previamente. Surge a partir daí a necessidade de dar conta de processos interpretativos e aplicativos dinâmicos da ordem jurídica, o que leva à busca por soluções capazes de resolver a crise de segurança evidenciada pela complexidade do direito, sentida principalmente no momento da sua interpretação e aplicação. Em grande parte, a teoria jurídica dos Novecentos procurará resolver esse pesadelo - e não apenas no mundo do Common Law. (MITIDIERO, 2016, p. 44)

O problema de interpretação ocupará o trabalho mais à frente. Por ora, cabe analisar uma segunda falácia, aquela desenvolvida na tradição do *Civil Law*, da qual nos ocuparemos especificamente do caso francês. A falácia do juiz como mero aplicador neutro da lei.

2.3. A TRADIÇÃO FRANCESA DO *CIVIL LAW*

A tradição jurídica francesa é marcada, em grande parte de sua história, pela defesa da supremacia da lei. Tal supremacia deve ser compreendida como um projeto cultural que buscava afastar o particularismo jurídico (sua arbitrariedade), a partir do encolhimento do poder do juiz, negando assim o poder da jurisprudência, e apostando no poder legislativo como o único autorizado para criar as leis.

A segurança jurídica, no movimento francês, deveria ser atingida a partir da criação de normas pelo legislativo e de sua mera aplicação pelo judiciário. O juiz era visto, portanto, como mero aplicador da lei. Se no direito inglês, vimos que o juiz era aquele que declarava o direito como posto pelos costumes imemoriais do homem inglês, na França o juiz seria visto como “ser inanimado” que a partir de um método técnico-cognitivista aplicaria a lei determinada pelo poder legislativo.

Três momentos são marcantes desta história da busca pela segurança jurídica: (1) o *Code Louis* (1667), (2) a *Révolution* (1789) e (3) o *Code Napoléon* (1804) (MITIDIERO, 2016, p. 45). A situação que antecede o *Code Louis* pode ser caracterizada como marcada por forte particularismo jurídico, seja pela sua falta de unidade, seja pelos limites incertos de atuação do poder do soberano e dos juízes. Como explica Mitidiero:

Ao Norte tinha vigência a título de *jus commune* um direito consuetudinário de origem germânica, ao passo que ao Sul tinha vigência - também a título de *jus commune* - o direito romano, notadamente o *Corpus Juris Civilis* de Justiniano e o Código Teodosiano. Além disso, existiam inúmeras intervenções legais do soberano que visavam a particularizar determinadas pessoas, assinalar certas jurisdições e diferenciar certos bens visando a privilegiar algumas posições sociais em detrimento de outras. (MITIDIERO, 2016, p. 46)

Nesse contexto de incerteza jurídica, e também, incomodado com o alto nível de poder concedido aos juízes, é que o rei Luís XIV cria a *Ordonnance Civile* (*Code Louis*) de 1667. Juntamente com sua promulgação, Luís XIV promove uma reforma das universidades de direito, reinventando seu ensino para adequá-lo aos planos reais. O que se buscava era a unificação da legislação francesa e a transformação do juiz interpretador em um juiz tecnicista-aplicador. A *Ordonnance* impunha seu conteúdo a todas as cortes francesas e proibia sua inobservância ou mesmo sua ponderação por parte dos juízes: a lei deveria meramente ser aplicada por métodos silogísticos.

Com a revolução francesa em 1789, o pensamento liberal de Montesquieu traz novas reformas para o sistema jurídico francês, ainda que se mantendo fiel ao modelo tradicional de juiz enquanto técnico do direito. Oferecendo uma nova visão da divisão entre os poderes – legislativo, executivo e judiciário – a França passa a buscar

consolidar a segurança jurídica com base em um sistema lógico e acessível, no qual cada poder possui uma função específica:

A preocupação em desenvolver um novo direito e permitir o desabrochar de uma nova sociedade exigiu a admissão dos argumentos de Montesquieu, aceitando-se a necessidade de separação dos poderes e impondo-se, sobretudo, uma clara distinção entre as funções do Legislativo e do Judiciário. Tornou-se imprescindível limitar a atividade do Judiciário, subordinando-o de forma rígida ao Parlamento, cujos habitantes deveriam representar os anseios do povo.

De acordo com Montesquieu, o "poder de julgar" deveria ser exercido através de uma atividade puramente intelectual, cognitiva, não produtiva de "direitos novos". Essa atividade não seria limitada apenas pela legislação, mas também pela atividade executiva, que teria o poder de executar as decisões que constituem o "poder de julgar". Nesse sentido, o poder dos juízes ficaria limitado a afirmar o que já havia sido dito pelo Legislativo, devendo o julgamento ser apenas "um texto exato da lei". Por isso, Montesquieu acabou concluindo que o "poder de julgar" era, de qualquer modo, um "poder nulo" (en quelque façon, nulle). (MARINONI, 2016, p. 44)

Segundo Mitidiero, com a propagação da ideia sobre a separação dos poderes de Montesquieu também se espalhou o mito do juiz inanimado, fortalecendo o pensamento de que interpretar a lei é quase corrompê-la. Os juízes, assim, deveriam julgar sempre de forma de forma silogística, fornecendo simples declarações fiéis do texto jurídico que a fundamenta (MITIDIERO, 2016, p. 52). A jurisprudência seria assim "o mais odioso dos conceitos, algo totalmente inútil e mesmo perigoso em um Estado que tem uma Constituição e leis, era preciso ver a jurisdição como simples declaração de normas pré-existentes" (MITIDIERO, 2016, p. 54).

Porém, não sem motivo, o mito do juiz inanimado não demorou a ser contestado por teorias diversas. Na comissão apontada por Napoleão Bonaparte, destaca-se o nome de Jean Etienne Marie Portalis considerado o responsável pelo desenvolvimento de uma nova forma de pensar a função do judiciário. Portalis define o judiciário como um suplemento da legislação, que deve acessar o espírito geral das leis para aplicá-la. Mesmo em casos onde a lei não seria clara, o juiz teria o dever de interpretar a legislação para chegar a uma decisão, agindo sempre como um "ministro da equidade". (MITIDIERO, 2016, p. 55-56)

Assim, a tradição francesa supera o mito do juiz inanimado para chegar ao problema que parece ter ocupado a doutrina do séc. XX, tanto no *Common Law* quanto no *Civil Law*: o de guiar e sistematizar os métodos interpretativos aplicados pelos juízes. Nos ocuparemos deste tema no próximo tópico.

O conteúdo visto até aqui – a história dos precedentes ingleses e a importância da lei francesa – serve para demonstrar as marchas históricas em busca da segurança jurídica e do afastamento da arbitrariedade do poder do juiz. Representam, cada uma, uma forma diferenciada de conferir confiabilidade a sistemas jurídicos complexos:

se a sistematicidade inerente à tradição de *civil law* era uma garantia de previsibilidade, faltava ao *common law* algo capaz de propiciá-la. Exatamente aí entrou o *stare decisis* como meio destinado a garantir a segurança jurídica. Na verdade, a instituição do *stare decisis* pode ser vista como um elemento de balanceamento da falta de sistematicidade do *common law*. Se a doutrina da tradição do *civil law* supunha que a sua sistematicidade era uma garantia de segurança jurídica, o *common law* adotou o *stare decisis* como meio para atenuar a sua menor racionalidade e pouca previsibilidade. (MARINONI, 2016, p. 50)

2.4. INTERPRETAÇÃO E PRECEDENTES

Como vimos, nem mesmo o mito do juiz como oráculo do direito ou do juiz inanimado sobreviveram ao decorrer dos tempos. A constatação da impossibilidade do legislador prever todas as hipóteses normativas, no caso do *civil law*, e o desfazimento do mito da teoria declaratória, no *common law*, representam dois caminhos distintos que acabaram tendo, no séc. XX, o mesmo destino: o problema da interpretação, tema ainda hoje pujante na filosofia do direito (MARINONI, 2016, p. 54-59). O que se vê é uma profunda transformação na forma de compreender a natureza do direito e os mecanismos efetivos para a garantia da segurança jurídica. Como Mitidiero bem observa, “o direito é fruto de uma prática interpretativa a partir de fontes dotadas de autoridade” (MITIDIERO, 2016, p. 44).

Com a força do positivismo jurídico, que seria marcante no séc. XX, de Hans Kelsen, H. L. A. Hart, entre outros, a questão da interpretação é deslocada para uma

posição central na doutrina. A negação do aspecto meramente cognitivo da aplicação jurisdicional resultou na compreensão da discricionariedade do julgador como fator presente no momento decisório (THEODORO JR et al., 2015, p. 223). Superada a idéia de que o direito é previamente determinado – bastando ao aplicador revelar o seu sentido já fixado num momento anterior, como pregado pela teoria cognitivista - e aceitando-se o seu caráter duplamente indeterminado³, chega-se à conclusão de que a norma invariavelmente depende da interpretação. Sendo o texto legal indeterminado, tendo em vista as limitações da linguagem, cabe ao juiz, de forma racional, promover a interpretação da lei e, somente assim, adscriver sentido a este objeto, elaborando a norma que integrará o ordenamento (TARELLO, 1980, apud MITIDIERO, 2016, p. 62). Com isso se quer dizer: o conteúdo jurídico é formado por esta prática, que atua a fim de reduzir a sua indeterminação. A norma jurídica, tomada em seu sentido contemporâneo, não é mais vista apenas como algo imposto pelo legislador, mas como algo construído pela atividade do intérprete face o caso concreto (MARANHÃO, 2016, p. 3-4). Como H. L. A. Hart bem explica, a ideia de que o juiz necessariamente toma decisões baseadas em padrões extrajurídicos, em virtude da textura aberta do direito, seria intrínseca à atuação judicial:

"Haverá sempre certos casos juridicamente não regulados em que, relativamente a determinado ponto, nenhuma decisão em qualquer dos sentidos é ditada pelo direito e, nessa conformidade, o direito apresenta-se como parcialmente indeterminado ou incompleto. Se, em tais casos, o juiz tiver de proferir uma decisão, em vez de, como Bentham chegou a advogar em tempos, se declarar privado de jurisdição, ou remeter os pontos não regulados pelo direito existente para a decisão do órgão legislativo, então deve exercer o seu poder discricionário e criar direito para o caso, em vez de aplicar meramente o direito estabelecido anteriormente" (HART, 2007, p. 335)

Essa tarefa de adscrição de sentido, ou de escolha de um sentido normativo dentre os vários que podem se apresentar (HART, 2007, p. 137-148), reduzindo a indeterminação do direito, tem de ser racional, a fim de poder orientar o

³ "O direito é indeterminado basicamente por duas razões: os *textos em que vazados são equívocos e as normas são vagas*. Essa é a razão pela qual se costuma afirmar a *"dúplice indeterminatezza del diritto"*. Os textos são equívocos porque ambíguos, complexos, implicativos, defectivos e por vezes se apresentam em termos exemplificativos e taxativos. As normas são vagas porque não é possível antever exatamente quais são os fatos que recaem nos seus respectivos âmbitos de incidência." (MITIDIERO, 2016, p. 65)

comportamento dos cidadãos, e também para que possa ter suas razões identificadas pelo aplicador que no futuro se depare com uma situação similar. Para que tal seja possível, essa racionalidade deve compreender a capacidade de universalização da justificação (MACCORMICK, 2005, apud MITIDIERO, 2016, p. 72). Dessa forma, imprescindível se mostra a necessidade de sistema que permita o controle de tais razões, e a possibilidade de se determinar a possível força vinculante dessa justificação, para que se possa obter um ordenamento jurídico seguro, visto que a norma só existe após essa atividade interpretativa.

De todo modo, uma peculiaridade dessa transformação, da passagem do cognitivismo à percepção de que a ordem jurídica está sempre em dinâmica reconstrução (MITIDIERO, 2016, p. 65), deve ser ressaltada. Os séculos de gestação desse novo pensamento foram marcados por fortes estados de arbitrariedade jurídica e de diversas marchas em favor da segurança jurídica. Nesse condão, o constitucionalismo surge como a mais atual ferramenta em favor da estabilidade e confiabilidade da lei. A partir do advento do documento constitucional, não apenas o juiz teria sua arbitrariedade controlada, mas também a própria lei, que não poderia jamais ser contraditória em relação ao texto da constituição (MARINONI, 2016, p. 54-59).

Essa nova forma de pensar o sistema jurídico coloca o juiz sob as amarras constitucionais, mas, ao mesmo tempo, compreende que a interpretação judicial não é apenas casual, mas a regra da atividade do judiciário. Como conclui Mitidiero: “a interpretação converte-se em uma atividade da qual o significado normativo invariavelmente depende” (MITIDIERO, 2016, p. 63).

Como Marinoni explica, no *Common Law* essa nova tradição se adequou de forma mais apropriada ao direito, pois a compreensão de que os juízes necessariamente interpretam as leis já seria, de certa forma, consolidada. No *Civil Law*, porém, haveria insistência em negar ou ignorar o papel conferido ao juiz pelo constitucionalismo, buscando-se apenas ressaltar que o princípio da separação dos poderes se mantém intacto. Marinoni argumenta que esta é uma visão problemática que busca conciliar a realidade com os princípios, quando o movimento deveria ser em sentido contrário (MARINONI, 2016, p. 58). Conclui:

A dificuldade em ver o papel do juiz sob o constitucionalismo impede que se perceba que a tarefa do juiz do civil law, na atualidade, está muito próxima da

exercida pelo juiz do common law. Ora, é exatamente a cegueira para a aproximação das jurisdições destes sistemas que não permite enxergar a relevância de um sistema de precedentes no civil law. (MARINONI, 2016, p. 59)

O breve panorama histórico aqui apresentado nos permite compreender o contexto de desenvolvimento dos sistemas jurídicos contemporâneos, assim como os desafios que se impõem ao aprimoramento da segurança jurídica. Seguindo esse raciocínio, no próximo capítulo serão apresentados argumentos contrários e favoráveis aos precedentes como fonte de segurança jurídica, assim como o atual estado do instituto no Brasil com o advento do Novo Código de Processo Civil.

3. DA NECESSIDADE DE RESPEITO AOS PRECEDENTES

Quando falamos de precedentes, devemos ter em mente algumas distinções e comparações necessárias. Como ensina Luiz Guilherme Marinoni, não se deve confundir precedentes com costumes. No próprio *Common Law*, os costumes eram usados pelo direito como fontes antes do uso dos precedentes, sendo com o uso deste último que se cria a tradição de vincular cortes inferiores, assim como as cortes de onde emanaram (MARINONI, 2016, p. 86).

Importante também ressaltar que o exercício dos precedentes representa um ato, por um lado, de respeito ao passado, e por outro, de construção do futuro:

Os precedentes são decisões anteriores que funcionam como modelo para decisões futuras. Aplicam-se as lições do passado para resolver problemas do presente e do futuro, constituindo uma parte fundamental da razão prática humana. (MACCORMICK; SUMMERS, 1997, apud THEODORO, 2015, p. 242)

Num sistema que busca garantir a segurança jurídica e, assim, a confiabilidade na estabilidade das decisões das cortes, é certo que os cidadãos têm o direito de esperar, e exigir, que as cortes decidam os novos casos como decidiram casos similares no passado. “Tratar da mesma forma casos similares é algo fundamental para a afirmação do poder e para a manutenção da segurança necessária ao desenvolvimento das relações sociais” (MARINONI, 2016, p. 87).

Por outro lado, decisões passadas podem gerar efeitos ruins no presente: criar costumes indesejáveis. A experiência do presente deve servir para analisar aspectos do passado que não devem ser perpetuados, por eles mesmos gerarem ameaças à garantia da segurança jurídica. Por fim, o juiz deve estar sempre atento ao futuro, sabendo que sua decisão servirá de guia para todas as decisões em casos similares que venham a ser exigidas, devendo assim agir com extremo cuidado em relação a legalidade e coerência de sua decisão, para não desestabilizar a confiabilidade das cortes com a exigência de reforma de sua decisão no futuro (MARINONI, 2016, p. 88).

Que fique claro, precedentes não são formados por questões de fato, já que cada decisão sobre fato é sempre única. Dessa forma, as partes das decisões que

formam precedentes podem ser apenas as que tratam de questões de direito (MARINONI, 2016, p. 88). Com esses pequenos esclarecimentos, podemos prosseguir para o tema central deste capítulo: a apresentação de argumentos favoráveis e contrários ao uso dos precedentes.

3.1. EM DEFESA DO USO DOS PRECEDENTES

3.1.1. A garantia de segurança jurídica

Qualquer Estado de Direito tem o dever de tutelar apropriadamente a questão da segurança jurídica. Os aspectos de estabilidade, confiabilidade e previsibilidade são indispensáveis ao ordenamento, não apenas do ponto de vista político (como aspirações necessárias para o direito), mas também do ponto de vista normativo atual. Como explica Marinoni:

a segurança jurídica assume as figuras de princípio da ordem jurídica estatal e de direito fundamental. 37 A Constituição brasileira refere-se à segurança como valor fundamental, arrolando-a no caput do art. 5.º como direito inviolável, ao lado dos direitos à vida, liberdade, igualdade e propriedade. Ainda que não fale de um direito fundamental à segurança jurídica, a Constituição Federal possui inúmeros dispositivos que a tutelam, como os incisos II (princípio da legalidade), XXXVI (inviolabilidade do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito), XXXIX (princípio da legalidade e anterioridade em matéria penal) e XL (irretroatividade da lei penal desfavorável) do art. 5.º.

O Estado brasileiro, por ter o dever de tutelar a segurança jurídica, deve realizar as suas funções de modo a prestigiá-la, estando proibido de praticar atos que a reneguem. (MARINONI, 2016, p. 96)

Como nos é ensinado pelos escritos de H. L. A. Hart, as normas jurídicas constituem razões para agir⁴, ou seja, os indivíduos guiam suas ações de acordo com

⁴ “O relato que fiz delas [normas sociais] tornou-se conhecido como a ‘teoria da prática das regras’, porque trata as regras sociais de um grupo como sendo constituídas por uma forma de prática social que abrange tanto

as determinações normativas de certa jurisdição. Num sistema que não seja dotado das características de estabilidade e previsibilidade, não se pode esperar que a intencionalidade dos sujeitos de direito seja guiada apropriadamente. O fato é que as normas, estáveis ou não, sempre servirão de razões para agir. Um sistema, porém, que se pretenda seguro e, mais do que isso, justo, deve necessariamente buscar estabilizar suas normas, entre elas os precedentes.

O direito deve, assim, ser construído de tal forma que o cidadão possa saber, “na medida do possível, não apenas os efeitos que as suas ações poderão produzir, mas também como os terceiros poderão reagir diante delas” (MARINONI, 2016, p. 96-97). A previsibilidade, dessa forma, enfrenta um problema particular:

sustenta-se que a previsibilidade requer a possibilidade de conhecimento das normas com base nas quais a ação poderá ser qualificada. Porém, como a previsibilidade não descarta a circunstância de que a norma deve ser interpretada, tornou-se necessário tocar na questão da interpretação jurídica, daí tendo naturalmente surgido a preocupação com a efetividade do sistema jurídico em sua dimensão de capacidade de permitir a previsibilidade, na medida em que o conhecimento da norma e a uniformidade da interpretação de nada adiantariam caso o jurisdicionado não pudesse contar com decisões previsíveis. (MARINONI, 2016, p. 97-98)

Segundo Marinoni, portanto, o sistema brasileiro seria desprovido de efetividade. Mesmo no âmbito interno das cortes responsáveis pela uniformização da interpretação das leis federais e normas constitucionais – Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal – os precedentes são constantemente desrespeitados. Desse desrespeito resulta que juízes de primeiro e segundo grau de jurisdição também não levam à sério o poder vinculante das decisões daquelas cortes (MARINONI, 2016, p. 100)

A falta de uniformidade nas decisões de casos similares, resultado do desrespeito ao instituto dos precedentes, é um sintoma da falácia dominante de nosso *Civil Law*, que atribui simbolicamente ao legislador a responsabilidade por toda a

modelos de conduta regularmente seguidos pela maior parte dos membros do grupo, como uma atitude normativa distinta em relação a tais modelos, a que chamei de ‘aceitação’. Isto consiste na disposição permanente de os indivíduos tomarem tais modelos não só como guias para a sua futura conduta, mas também como padrões de crítica que podem legitimar pretensões e várias formas de pressão no sentido da conformidade.” (HART, 2007, p. 317).

uniformização jurídica, quando é nas cortes que, na verdade, se tomam as decisões finais sobre o sentido das normas:

para que se possa realizar a certeza da ação através do direito, o que conta, em última análise, não é tanto a fórmula escrita no Código, a norma abstrata, mas a dita norma individual, a concretização da regra no caso específico. Da mesma forma, porque a inteligência de uma norma pode ser controvertida, é claro que a norma em abstrato não é suficiente para que o cidadão possa prever o comportamento dos terceiros que com ele podem se deparar. (MARINONI, 2016, p. 99)

Nesse sentido é que o duplo grau de jurisdição no Brasil mostra-se emblemático. Ainda que se tenha dado ênfase a ideia de controle da segurança pelo legislador e do juiz inanimado, o direito brasileiro adotou um sistema que contém dois juízos repetitivos sobre o mérito, o que não faria nenhum sentido se o juiz meramente, de fato, aplicasse a letra da lei. Segundo Marinoni, não é necessário afirmar o duplo grau para respeitar os precedentes. “Na verdade, a relativização do duplo grau e a obediência aos precedentes são elementos presentes no sistema que realmente respeita os seus juízes” (MARINONI, 2016, p. 106).

Assim, o ordenamento – fundado num duplo grau de jurisdição – por si só representa uma desconfiança na ideia do juiz inanimado. Defender um sistema assim, sem defender um sistema eficiente de precedentes representaria uma contradição emblemática do referenciado problema da efetividade no Judiciário brasileiro.

3.1.2. A garantia da igualdade

O princípio da igualdade, como previsto no art. 5º, caput, da Constituição Federal de 1988⁵, é um elemento fundamental para o Estado de Direito e serve de guia para a idealização e regulação de todo o ordenamento jurídico. A devida aplicação de um sistema de precedentes, como veremos, pode servir à correta tutela

⁵ “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...”

deste princípio que, na tradição do *Civil Law*, argumenta Marinoni, é cumprido apenas parcialmente.

O autor explica que podemos falar em três tipos de garantias constitucionais de igualdade: (1) a igualdade no processo, (2) a igualdade ao processo e a (3) igualdade diante das decisões judiciais (MARINONI, 2016, p. 111). No Brasil, a tradição jurídica viria a se preocupar apenas com os (1) aspectos internos ao processo, quando tratando da igualdade:

Analisa-se se a lei confere tratamento igualitário às partes, permitindo participação em "igualdade de armas", assim como se o juiz proporciona o mesmo tratamento aos litigantes.

Tanto é verdade que a isonomia costuma ser vinculada ao contraditório, importando se as partes têm adequada possibilidade de agir e de reagir de modo a influir sobre a formação da convicção judicial. Como diz Mario Chiavario, o contraditório não implica uma identidade absoluta entre os poderes reconhecidos às partes de um mesmo processo nem, necessariamente, uma simetria perfeita de direitos e de obrigações, pois o que conta é que as diferenças eventuais de tratamento sejam justificáveis racionalmente, à luz de critérios de reciprocidade, e de modo a evitar, seja como for, que haja um desequilíbrio global em prejuízo de uma das partes. (MARINONI, 2016, p. 111)

Por outro lado, também há preocupação com a (2) igualdade ao processo, quer dizer, igualdade de acesso a tutela jurisdicional como um todo. Naturalmente que a igualdade só pode ser preservada, em certos casos, se consideradas as desigualdades entre as partes. Para isso, por exemplo devem existir meios de acesso para àqueles que possuem dificuldades econômicas para arcar com as custas do Judiciário, como no caso dos Juizados Especiais (MARINONI, 2016, p. 111-112)

Contudo, de toda essa preocupação com a igualdade processual, resta problemático o tratamento que nosso sistema sempre deu à questão da decisão judicial. A (3) igualdade diante das decisões judiciais é o problema central para a garantia efetiva da igualdade e, ainda assim, encontra-se em segundo plano nas preocupações da doutrina brasileira.

Marinoni ensina que o judiciário pode cumprir todas as exigências de igualdade processual e, ainda assim, não cumprir a exigência de igualdade no âmbito da decisão, que é, em última instância, o verdadeiro motivo pelo qual as partes buscam

a tutela judicial (MARINONI, 2016, p. 112). De nada adianta que seja respeitado o contraditório – e ele deve sempre ser respeitado -, se os juízos não respeitarem as interpretações emitidas pelas cortes superiores, emitindo decisões diferentes para casos suficientemente similares. Isto representaria um desrespeito ao princípio da igualdade, e a destruição de qualquer chance de se oferecer um mínimo de segurança jurídica ao jurisdicionado.

Se há uma definição judicial de direito fundamental, ou mesmo acerca do significado de uma lei federal, todos devem ser tratados igualmente perante elas. A menos, é claro, que se admita que a jurisdição possa e deva conviver com vários significados de um mesmo direito fundamental ou de uma mesma lei federal, o que eliminaria qualquer possibilidade de se ter uma elaboração teórica racionalmente capaz de explicar a legitimidade de uma decisão que afirma direito fundamental e deixaria sem qualquer razão de ser as normas constitucionais que consagram as funções jurisdicionais de uniformização da interpretação da lei federal e de atribuição de sentido à Constituição, além de, obviamente, violar a ideia imprescindível de igualdade perante a jurisdição. (MARINONI, 2016, p. 114)

Dessa forma, é possível afirmar que o ordenamento jurídico manteria uma igualdade meramente formal se observasse apenas as técnicas processuais sem desprender atenção a uniformização da jurisprudência. Ainda mais, a uniformização ganha uma importância especial com o advento das cláusulas abertas. Marinoni explica que o envelhecimento da legislação e sua incapacidade de regular todos os casos com exatidão implicou no uso de cláusulas mais gerais e abertas, que serviriam de guia para a decisão judicial. Esse próprio advento explicaria a necessidade de se falar em uniformização da jurisprudência:

A passagem da técnica casuística, em que a aplicação da norma se dá por subsunção, para a técnica das cláusulas gerais, em face da qual se exige um raciocínio judicial muito mais complexo e sofisticado, faz ver a necessidade de insistir na igualdade perante as decisões judiciais. Quando se tem consciência teórica de que a decisão nem sempre é resultado de critérios previamente normatizados, mas pode constituir norma fundada em elementos que não estão presentes na legislação, não há como deixar de perceber que as expectativas que recaíam na lei transferem-se para a decisão judicial. A segurança jurídica passa a estar estritamente vinculada à

decisão - essa é responsável pela previsibilidade em relação ao direito, e, portanto, tem de contar com estabilidade. (MARINONI, 2016, p. 117)

Como explica o autor, a ampliação do poder judicial gerada pelo advento das cláusulas gerais exige uma teoria dos precedentes forte, capaz de vincular a interpretação das cortes, impedindo assim a composição de normas distintas para casos iguais. Se é inevitável que as cortes possuam um forte poder criativo em relação ao direito, então se faz necessária a vinculação das decisões a uma racionalidade unificada, idêntica para casos iguais ou suficientemente parecidos.

3.1.3. Outros aspectos: respeito à hierarquia das cortes e eficiência do judiciário

Ao falarmos da necessidade de uniformização de jurisprudência e da estabilização da interpretação jurídica, devemos nos atentar para um aspecto específico do direito brasileiro e de muitos outros ordenamentos. As cortes organizadas de forma hierárquica, no caso brasileiro, divididas em juízos de primeiro grau, juízos de segundo grau e Cortes Supremas, exigem a aplicação de uma teoria dos precedentes.

Se possuímos um sistema judicial hierárquico no qual o Supremo Tribunal Federal tem o dever de estabelecer o significado das normas constitucionais e o Superior Tribunal de justiça o significado das leis federais, colocando-se assim acima dos outros juízos, então não faz o menor sentido que juízes de primeiro e segundo grau possam decidir em dissonância com as interpretações das Cortes Supremas. A independência dos juízos não se estende para o grau da total ignorância dos precedentes determinados por cortes superiores. Como explica Marinoni:

Não obstante, ainda existe, nas entranhas da doutrina e da vida dos operadores do direito, a ideia de que, por não haver hierarquia entres os juízes, esses não devem respeito às decisões dos tribunais que estão sobre eles. Na verdade, o equívoco se encontra no significado que se retira da palavra hierarquia, misturando-se independência e autonomia com inexistência de respeito aos precedentes e, assim, bem vistas as coisas, ao direito. É evidente que, quando aqui se fala em hierarquia, não se pretende

negar a independência e a autonomia dos juízes. Pretende-se apenas evidenciar que, por uma razão lógica derivada da função e do lugar de inserção conferidos aos tribunais pela Constituição Federal, a hierarquia justifica uma inquestionável necessidade de respeito aos precedentes. (MARINONI, 2016, p. 126)

O descaso com os precedentes, não apenas representa um desrespeito com a hierarquia das cortes, mas também um ataque a eficiência do judiciário. Os tribunais que não atuam como se fossem vinculados às decisões das cortes superiores, geram custos altíssimos para o judiciário e para as partes, que serão obrigadas a recorrer até o último grau de jurisdição se quiserem fazer valer seu direito previsto em precedente estável. (MARINONI, 2016, p. 125-126).

Nessa linha de raciocínio é que podemos afirmar que uma teoria dos precedentes eficaz diminuiria os custos de acesso à justiça e os custos dos próprios tribunais que gastariam menos tempo com casos já decididos pelas cortes superiores. Isso aumentaria a eficiência do judiciário, hoje extremamente sobrecarregado.

Além disso, Marinoni argumenta que um sistema dotado de maior segurança jurídica favorece o desenvolvimento da conciliação entre as partes, que veriam no acordo uma saída mais rápida nos casos em que a previsibilidade da decisão seja alta (MARINONI, 2016, p. 134). O estímulo da conciliação ainda carrega consigo o próprio desestímulo a litigância, afastando do judiciário os litigantes aventureiros, que esperam contar com a sorte de uma decisão dissidente em relação aos precedentes.

Como vimos até aqui, a adoção de uma teoria dos precedentes mostra-se benéfica para diversos aspectos da realidade jurídica. Note-se que são aspectos interligados: o aumento da segurança jurídica gera aumento da igualdade entre as partes e consequentemente auxilia em desafogar um judiciário sobrecarregado e processos repetitivos. Ainda assim, existem argumentos contrários a adoção de precedentes e a uniformização da jurisprudência. A medida, aparentemente, traz consigo também algumas dificuldades a serem superadas, que analisaremos a seguir.

3.2. DESAFIOS AO USO DOS PRECEDENTES

Um dos argumentos mais fortes contra a força vinculante dos precedentes seria que o desenvolvimento do ordenamento jurídico ficaria prejudicado com a constante e inevitável mudança dos tempos. Se todo juiz fosse obrigado a decidir todo caso igual de forma igual sem nunca poder desvencilhar-se do precedente, então o direito não conseguiria acompanhar a evolução da sociedade como um todo, seja na sua forma de se relacionar, seja nos fundamentos de sua moralidade.

Como vimos no caso *London Tramways Co. v. London County Council* (1898), mesmo a *House of Lords* inglesa enfrentou esse problema, concluindo nesse mesmo sentido, que a vinculação absoluta aos precedentes representaria uma ameaça a abertura necessário do direito perante a mudança da sociedade. (MITIDIERO, 2016, 43). De todo modo, o argumento não se sustenta, pois mesmo a corte inglesa concluiu que a saída para o problema seria uma espécie de relaxamento na vinculação ao precedente, a possibilidade de afastar a decisão passada para evitar injustiça extrema no caso concreto.

Como Marinoni demonstra, o relaxamento da vinculação dos precedentes foi a regra em todo o universo do *Common Law* (MARINONI, 2016, p. 141). De todo modo, esse relaxamento não pode ser absoluto, ou nada justificaria falar em vinculação quando tratamos de precedentes. Explica:

Frise-se que os precedentes, num sistema que se funda no seu respeito, somente podem ser revogados excepcionalmente, quando o desenvolvimento da doutrina demonstra que o precedente está *indiscutivelmente* equivocado ou quando surgem novos valores ou novas circunstâncias fáticas – como aquelas derivadas da evolução tecnológica – que *impõem a sua redefinição*. É claro que os precedentes não podem ser revogados apenas porque a corte não gosta dos seus fundamentos ou entende que outros seriam mais apropriados, ou mesmo supõe que tais fundamentos não são adequados ou válidos. Para a revogação de um precedente, a evolução da doutrina deve ter chegado a um estágio em que o fundamento que o ancorava não seja mais sustentável nos tribunais. Do contrário não haveria sentido em se falar em força obrigatória dos precedentes e em estabilidade e segurança por ela proporcionadas. (MARINONI, 2016, p. 142)

Além disso, obviamente, um precedente só pode ser revogado pelo seu tribunal de origem. Não faria nenhum sentido que cortes inferiores estivessem livres para

revogar as decisões das Cortes Supremas. Do argumento do obstáculo ao desenvolvimento do direito, ainda restam outras questões que podem ser apontadas como problemáticas ao uso dos precedentes.

Argumenta-se também que essa vinculação representaria um óbice à realização da isonomia substancial. Retomaremos este problema no próximo capítulo, no qual trabalharemos com o aspecto do *distinguishing* e *overruling*. Agora, porém, devemos dar um passo para trás e responder uma pergunta importante para que seja possível, no próximo capítulo, passar a reconstrução dogmática dos precedentes no Código de Processo Civil de 2015. Afinal, o que exatamente é um precedente?

3.3. O CONCEITO DE PRECEDENTE

Conforme ensinamentos de Fredie Didier Jr, podemos conceituar precedente, de forma ampla, da seguinte forma:

Em *sentido lato*, o *precedente* é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos. (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 441)

A fim de melhor precisar o significado de precedente, deve-se esclarecer o que seria esse elemento normativo, que pode ser apto a vincular o futuro julgador de caso análogo. Tal pode ser compreendido como as “razões constantes da justificação da decisão” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 613), ou, como brilhantemente demonstra Mitidiero, seriam as “razões generalizáveis que podem ser identificadas a partir das decisões judiciais” (MITIDIERO, 2016, p. 96). O magistrado, mediante raciocínio indutivo, a partir de uma moldura fática específica, constrói uma norma jurídica não só individual, mas também geral, pois as razões escolhidas para a solução do caso em questão devem ser generalizáveis, aptas a serem aplicadas em situações similares à original. (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 443). Essa pretensão de universalização é que caracteriza o precedente.

Explica Hermes Zaneti Jr:

Os precedentes judiciais, como entendemos neste trabalho, consistem no resultado da densificação de normas estabelecidas a partir da compreensão de um caso e suas circunstâncias fáticas e jurídicas. No momento da aplicação, deste caso-precedente, analisado no caso-atual, se extrai a *ratio decidendi* (...) como o *core* do precedente. Trata-se, portanto, da solução jurídica explicitada argumentativamente pelo intérprete a partir da unidade fático-jurídica do caso-precedente (...) com o caso atual. (ZANETI JR., 2016, p. 305-306)

O que significa *ratio decidendi* enquanto *core* da decisão judicial?

3.3.1. *Ratio decidendi*

A *ratio decidendi*, literalmente, é a razão de decidir. Conforme ensina Marinoni, ela é o próprio significado de um precedente e pode ser encontrada na fundamentação da decisão-precedente, sem, de todo modo, confundir-se com ela. A razão de decidir “é a tese jurídica ou a interpretação da norma consagrada na decisão” (MARINONI, 2016, p. 161), ou, mais precisamente, a “*generalização das razões* adotadas como *passos necessários e suficientes* para decidir um *caso* ou as *questões* de um caso pelo juiz” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 613). Ou, conforme leciona Mello, “a regra ou princípio explícita ou implicitamente tratado pelo juiz como um passo necessário a atingir a decisão, à luz das razões por ele adotadas” (MELLO, 2008, p. 156). Tais definições são também essenciais para posteriormente analisarmos o que seriam os passos realizados, porém dispensáveis, para se decidir tal questão.

Assim, quando trabalham com precedentes, juízes buscam identificar na decisão-precedente - eliminando todos os argumentos periféricos – a *ratio decidendi*, a razão por trás da decisão. Explica Marinoni:

é fácil demonstrar que mediante a ideia de interpretação do precedente não se busca revelar o conteúdo do seu texto, mas identificar os seus extratos formais, entre eles a *ratio decidendi*. É claro que o ato de procurar o

significado de um precedente, ou de interpretar um precedente, não se confunde com o de interpretar a lei. Quando se fala em interpretação de precedente a preocupação está centrada nos elementos que o caracterizam, especialmente na delimitação da sua *ratio*. Nessa situação, a tarefa do juiz é analisar a aplicação do precedente ao caso sob julgamento, ocasião em que se vale, basicamente, da técnica do *distinguishing*. É por isso que se diz que o juiz, mais do que interpretar, raciocina por analogia. (MARINONI., 2016, p. 162)

Este é um conceito utilizado pelo *Common Law*, para demonstrar a racionalidade por trás da teoria dos precedentes. Considerando que casos nunca – ou quase nunca – são idênticos, então devemos considerar a aproximação entre os casos – suas similaridades e peculiaridades –, levando em conta que, quanto mais parecidos, mais provável que a razão de decidir encontrada no caso-precedente seja também a razão adequada para a decisão do caso-presente. Não há motivo para não conferir eficácia transcendente aos motivos determinantes de uma dada decisão, afim de garantir-lhe eficácia normativa e vinculante (MELLO, 2008, p. 156-162), caso se queira a promoção de um ordenamento jurídico pautado pelos valores da segurança e da igualdade perante o judiciário.

Importante ressaltar que só haverá *ratio decidendi* – e, portanto, precedente – se o fundamento que determinou o resultado da decisão for compartilhado pela maioria da corte. Dessa forma, ainda que um recurso extraordinário, por exemplo, seja provido por unanimidade ou maioria, não haverá precedentes se o fundamento que levou ao provimento não for compartilhado pela maioria da corte. Em parte este pré-requisito demonstra outro aspecto da *ratio decidendi*: ela é formada apenas por Cortes Supremas (MARINONI, 2016, p. 338-339). Assim, apenas as decisões que reúnem estes requisitos podem ser consideradas paradigma que oriente os jurisdicionados e magistrados (MARINONI, 2016, p. 156).

3.3.2. *Obiter dictum*

Além disso, tudo o que não for essencial, ou seja, dispensável, para a fundamentação da decisão será chamado *obiter dictum* (ou *dicta*, no plural):

é necessário entender o precedente, separando a sua *ratio decidendi* de tudo aquilo que nele é *obiter dicta*. Fazem parte da *ratio decidendi* os fatos materialmente relevantes para a decisão, enquanto os fatos irrelevantes são ditos *obiter dicta*. É possível afirmar, também, que a *ratio decidendi* expressa a tese jurídica que qualifica a decisão, sendo todas as demais considerações jurídicas, não imprescindíveis à tomada da decisão, *obiter dicta*. (MARINONI, 2016, p. 145)

Depreende-se daí que todo argumento ou comentário exposto apenas de passagem na justificação seria classificado como *obiter dicta* (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 444), não sendo assim passível de ter caráter vinculante.

O conceito de *obiter dictum*, conclui-se, também pode ser construído por exclusão: tudo que não for *ratio*, é *obiter* (BARBOZA, 2014, p. 230).

Cabe destacar, ainda, que os fundamentos não partilhados pela maioria dos membros do órgão colegiado, na análise do caso, mesmo que defendidos por alguns dos julgadores, constituem *obiter dicta* (ZANETI JR, 2016, p. 352-353).

Tal distinção entre os dois conceitos é fundamental a fim de se descobrir qual é a porção da decisão que é vinculante ou não.

3.3.3. Critérios de identificação dos precedentes

A identificação do precedente, ou a identificação da *ratio decidendi*, caberá ao juiz que vai julgar o caso futuro – o caso que aparentemente guarda similitude com o caso anteriormente julgado, e que poderia vincular o intérprete (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 447-448). Para tanto, deve-se precisamente identificar, na fundamentação da decisão, o que compreenderia a *ratio decidendi* e o que seria *obiter dicta*, tarefa nem sempre fácil.

O método formulado por Wambaugh, no século XVII, para a identificação do precedente, consistiria numa técnica de inversão de sentido de uma proposição constante da fundamentação. Constatar-se-ia que tal enunciado seria *ratio decidendi*

se, invertido, implicasse mudança na decisão (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 448). Caso contrário, seria *obiter dicta*.

Criticado esse teste por ser inapto a identificar a *ratio* quando o órgão julgador elege-se duas diferentes razões jurídicas que, por si só, seriam suficientes para a condução à mesma solução (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 449), elaborou-se o método de Goodhart, que buscava na identidade fática entre os casos o critério para a aplicação do precedente ou não – observando-se a mesma base fática, seria hipótese de vinculação ao precedente (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 449). Buscar-se-ia precisar quais os fatos considerados relevantes, e quais não, pelo julgador do caso-precedente, assim precisando-se o que seria *ratio* e o que seria *obiter* na decisão.

Enfim, assimiladas as particularidades de cada método, deve-se levar em conta ambas as aproximações:

A idéia é que a *ratio decidendi* deve ser buscada a partir da identificação dos fatos relevantes em que se assenta a causa e dos motivos jurídicos determinantes e que conduzem à conclusão. A consideração de um ou outro isoladamente não é a opção mais apropriada. (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 450).

Este breve panorama que foi apresentado sobre a noção de precedente – considerando-se seu caráter vinculante e a *ratio decidendi* como o eixo central de sua prática - e seus benefícios são o suficiente para que adentremos no objeto central deste trabalho: a demonstração dogmático-reconstrutiva da teoria dos precedentes no Código de Processo Civil de 2015, assim como dois aspectos importantes destas teorizações e sua previsibilidade em lei: os aspectos do *distinguishing* (distinção) e *overruling* (superação).

4. OS PRECEDENTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

4.1. RECONSTRUÇÃO DOGMÁTICA: O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

A tradição jurídica brasileira parece ter bebido de diversas fontes ao formar seu raciocínio específico. Por um lado, sobreviveu no Brasil a imagem do “juiz inanimado”, de forma que a liberdade, a igualdade e a segurança jurídicas foram vistas como fardos exclusivos da legislação, ligando o direito brasileiro a tradição do *Civil Law* (MITIDIERO, 2016, p.80). Por outro lado, dois outros caminhos foram buscados: o da jurisprudência e o dos precedentes.

O Novo Código de Processo Civil busca entrelaçar e operacionalizar esses diferentes institutos, aproximando assim nossa tradição àquela do *Common Law*.

Jurisprudência, súmulas e precedentes, portanto, revelam dois caminhos distintos trilhados pelo direito brasileiro à procura de uma solução para o problema da vinculação ao direito. Embora oriundos de diferentes tradições, o Novo Código de Processo Civil buscou entrelaçá-los visando à prestação da tutela dos direitos - contingência que impõe a sua adequada leitura e reconstrução dogmática. (MITIDIERO, 2016, p. 82)

Quando tratamos de técnicas de uniformização do direito, devemos ter em mente seus dois tipos: técnicas preventivas e técnicas repressivas. Segundo Mitidiero, a história processual do direito brasileiro pode ser dividida em três fases em que se buscou a uniformidade (1) através de técnicas repressivas, (2) através de técnicas repressivas principalmente e preventivas, (3) através de técnicas preventivas principalmente e repressivas.

As fases são marcadas pela vigência dos Códigos de Processo Civil de sua época. O Código de 1939 marca a fase das (1) técnicas repressivas, e pode ser facilmente compreendido através da ideia do juiz inanimado, segundo a qual o trabalho das cortes é um mero trabalho de subsunção do fato à norma, um ato lógico. Com o Código de 1973, a teoria da interpretação judicial já estava mais desenvolvida, de forma que as técnicas repressivas, ainda dominantes, foram complementadas por técnicas preventivas.

Num primeiro momento, o Código de 1973 repetiria a ideia das súmulas de jurisprudência⁶ do antigo regimento, assim como várias outras técnicas repressivas como o recurso de embargos infringentes (art. 530) e o recurso extraordinário (art. 541), entre outras. Porém, o desenvolvimento do entendimento relativo à interpretação judicial também levaria à instituição de técnicas preventivas.

Com as *Reformas* ao Código, também foi estimulada a adesão à jurisprudência, através de medidas como a possibilidade de julgamentos monocráticos em casos onde a jurisprudência dominante ou as súmulas fossem claras em guiar a razão de decidir (MITIDIERO, 2016, p. 84). Também nessa fase surgem as súmulas vinculantes – através da Emenda Constitucional 45, de 2004 (art. 103-A da Constituição Federal). Assim, as súmulas que serviam como norte apenas para o Supremo Tribunal Federal, passam a ser vinculantes para todas as cortes da jurisdição. Nesse condão é que o caráter preventivo surge na tentativa de uniformizar o direito:

Ao longo do período de vigência do Código de 1973, a *jurisprudência* passou a ser conhecida também como *jurisprudência dominante*, incorporando funções preventivas. As súmulas igualmente passaram por uma paulatina transformação, convivendo na nossa ordem jurídica *súmulas*, *súmulas impeditivas de recursos* e *súmulas vinculantes*, ganhando também idênticas funções. Semelhante incorporação constitui um reflexo da evolução da teoria da interpretação: ao se admitir que a intérprete extrairia uma das soluções possíveis da norma visando a uma *decisão justa*, reconheceu-se que decidir não era apenas um *ato lógico*, mas também um ato que *implica valorações axiológicas*.

Nessa perspectiva, o espaço para o aparecimento de diferentes soluções para os mesmos casos é *tendencialmente mais amplo*, sendo conveniente estimular a uniformidade do direito mediante um *sistema não só repressivo*, mas também, *preventivo*. (MITIDIERO, 2016, p. 84-85)

⁶ “Em 1963, mediante emenda ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, criaram-se as súmulas de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, criaram-se as súmulas de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Essas súmulas foram concebidas originariamente como enunciados gerais e abstratos que visavam a informar rapidamente os Ministros do próprio Supremo Tribunal Federal a respeito de qual era a orientação da Corte sobre determinada questão. É por essa razão que foram inicialmente pensadas como um “método de trabalho” para o Supremo Tribunal Federal: objetivavam colaborar na tarefa de identificação de esse tribunal interpretava determinada norma para permitir o controle da interpretação efetuada pelas instâncias ordinárias. Nessa linha, constituíam um “horizonte da jurisprudência” do Supremo Tribunal Federal para a orientação de seus próprios Ministros.

Em comum, os recursos e as súmulas contam com o traço repressivo: visam a compor divergências ou a controlar a equivocada aplicação do direito” (MITIDIERO, 2016, p. 83).

Ressalte-se que quando Mitidiero fala em espaço mais amplo diante da nova perspectiva do papel da interpretação no direito, isso não quer dizer que a nova maneira de enxergar o direito oferece mais abertura para decisões diferentes. Significa sim que o direito foi melhor compreendido e que se desfez parte do mito do juiz inanimado, de forma que essa dita abertura pode ser melhor percebida e regulada.

Na linha da desmistificação do direito é que nos interessa a análise do Código de Processo Civil de 2015. O Novo CPC, como ficou conhecido, dedica atenção particular à unidade do direito, (3) sem abandonar as antigas técnicas repressivas, mas dando especial importância às técnicas preventivas:

A proeminência de *técnicas preventivas* em detrimento de repressivas para outorgar unidade ao direito no Código de 2015 decorre da percepção de que a interpretação do direito não é simples declaração de uma norma preexistente ou mesmo extração do seu conteúdo normativo. Trata-se de preponderância oriunda da adoção de uma perspectiva *adscritivista* da interpretação: se a norma é resultado da interpretação, dada a dupla indeterminação do direito, então é imprescindível que a jurisdição colabore com a legislação a fim de que o significado do direito seja *densificado*, *precisado* e devidamente *comunicado* aos seus destinatários. (MITIDIERO, 2016, p. 85)

Isso também não significa que as técnicas repressivas foram abandonadas, mas que foram rebaixadas a um segundo plano. Ainda estão lá os recursos repressivos, como o recurso especial e o recurso extraordinário⁷, assim como os embargos de divergência⁸, voltados para a garantia da unidade do direito. Também se encontram as ferramentas para uniformizar a aplicação do direito, como a “apelação, art. 1009 [CPC de 2015], agravo de instrumento, art. 1015, e agravo interno, art. 1021” (MITIDIERO, 2016, p. 85)

Destaca-se, porém, que o art. 926 do Novo Código de Processo Civil pode causar certa confusão sobre a responsabilidade e papel das cortes no ordenamento jurídico brasileiro. Enuncia o Código:

⁷ Ver arts. 102, III, 105, III da Constituição Federal de 1988 e art. 1029 do Código de Processo Civil de 2015

⁸ Ver art. 1043 do Código de Processo Civil de 2015.

Art. 926 Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Como se vê, o art. 926 fala genericamente em “tribunais”, levando o leitor a inadequadamente concluir que as funções de todos as cortes do país sejam as mesmas (MITIDIERO, 2016, p. 87)

Para compreender o conteúdo proposto pelo Código de 2015 devemos distinguir entre dois tipos de cortes: as *Cortes de Precedentes* e as *Cortes de Justiça* (MITIDIERO, 2016, p. 87). Da Constituição Federal e do Processo Civil podemos identificar as Cortes Supremas (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça) como Cortes de Precedentes, ou seja, cortes preocupadas exclusivamente com a unidade do direito, conforme previsto pelo art. 926 do Novo CPC.

As cortes inferiores, dessa maneira, estariam preocupadas com a resolução de disputas, com a análise específica do caso concreto e com a emissão de decisões justas. As cortes supremas, por sua vez, estariam ocupadas de densificar e “enriquecer a oferta de normas jurídicas” (ZANETI JR., 2016, p. 631). Como ambas trabalham com casos, o interessante é a forma como trabalham distintamente com tais casos: no caso das Cortes de Justiça, a interpretação é um meio para se chegar ao fim “decisão justa”; quanto às Cortes de Precedentes, o caso é um meio utilizado para a consecução de sua finalidade, que é a elaboração da mais adequada interpretação jurídica (MITIDIERO, 2016, p. 89).

Finalmente, Mitidiero conclui que as Cortes Supremas estão compromissadas com a *unidade do direito*, devendo fornecer soluções a partir de casos-precedentes que definam a interpretação mais adequada a ser utilizada pelas Cortes de Justiça. Estas, por sua vez, estarão preocupadas com a uniformização de sua jurisprudência – garantir o máximo de uniformidade às diversas e inevitáveis interpretações que irão surgir, enquanto não restar definido o precedente pelas Cortes Supremas (MITIDIERO, p. 90-91). Para que essa inevitável multiplicidade de interpretações pelas Cortes inferiores seja atenuada, portanto, deve o tribunal zelar pela sua uniformização – mediante institutos previsto no Novo Código de Processo Civil e que

serão vistos adiante -, a fim de se garantir a aplicação isonômica do direito (MITIDIERO, 2016, p. 92-93).

4.1.1. A introdução dos precedentes no direito brasileiro

No art. 927 do Novo Código de Processo Civil, encontramos uma prescrição para os tribunais, que, bem compreendida, demonstra alguns casos em que é exigida a consideração vinculante dos precedentes:

Os juízes e os tribunais observarão:

- I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
- II – os enunciados de súmula vinculante;
- III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
- IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
- V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Porém, como se pode perceber e como aponta Marinoni, o Novo Código não faz qualquer referência sobre precedentes e ainda aponta hipóteses que devem ser observadas pelos tribunais e que não guardam qualquer homogeneidade entre si (MARINONI, 2016, p. 284-285). Isso leva a pergunta: quais dessas razões podem efetivamente ser consideradas como precedentes?

A indistinção semântica que encontramos na legislação quando tratamos do tema dos precedentes, súmulas e jurisprudência é responsável por certa confusão na compreensão do tipo de poder de cada decisão. Diante disto, se fazem necessários alguns esclarecimentos.

Como ensina Mitidiero, apenas o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça formam precedentes, e estes não são a própria decisão das Cortes

Supremas, mas delas resultam – podem ser nelas identificados (MITIDIERO, 2016, p. 96):

Ser fiel ao precedente significa respeitar as razões necessárias e suficientes empregadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça para solução de determinada questão de um caso. Significa portanto, respeito à *ratio decidendi*, isto é, às razões necessárias e suficientes constantes da justificação judicial ofertadas pelas Cortes Supremas para solução de determinada questão de um caso. Tendo como matéria-prima a decisão, o precedente trabalha essencialmente sobre fatos jurídicos relevantes que compõe o caso examinado e que determinaram a prolação da decisão da maneira como foi prolatada. (MITIDIERO, 2016, p. 97)

Nesse sentido é que devemos compreender o art. 927 como meramente exemplificativo. Como explica Marinoni, não é aqui que encontramos a função de definir precedentes das Cortes Supremas, mas nas normas constitucionais que atribuem ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça o dever de estabelecer a unidade do direito. O art. 927 dessa maneira não é apenas exemplificativo, como também cita vários elementos que não seriam precedentes propriamente ditos (MARINONI, 2016, p. 288).

A partir dessa explicação de Marinoni, cabe então demonstrar a diferença entre precedentes e outros elementos cuja consideração é exigida pelos tribunais superiores. Nos próximos tópicos trabalharemos essa distinção entre precedentes, súmulas e jurisprudência, a fim de encontrar em suas diferenças o verdadeiro espaço do precedente no Novo Código de Processo Civil, bem como no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça.

4.1.2. Precedentes, Jurisprudência e Súmula

Para compreender o caráter exemplificativo do art. 927 do Novo Código de Processo Civil, primeiramente, devemos retomar o conceito de precedente. O precedente é um conceito (1) qualitativo, (2) material e (3) funcional segundo a definição de Mitidiero (MITIDIERO, 2016, p. 104).

Sua característica (1) qualitativa deve-se a sua dependência da qualidade das razões encontradas na fundamentação da decisão: “apenas as razões jurídicas, necessárias e suficientes podem ser qualificadas como precedentes” (MITIDIERO, 2016, p. 104). Assim, nem toda razão pode ser considerada como precedente, mas apenas aquelas que compõe a *ratio decidendi*. É também um conceito (2) material, pois sua atuação depende do contexto fático-jurídico no qual surgiram, ou seja, os precedentes não podem ser aplicados sem a consideração dos fatos que compõe o caso (MITIDIERO, 2016, p. 105).

Por fim, é um conceito (3) funcional, pois só pode ser formado por Corte cuja atribuição seja a de formar precedentes: no Brasil “apenas o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça formam precedentes. Nos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça os precedentes dão lugar a jurisprudência” (MITIDIERO, 2016, p. 96).

Enfim, dadas todas essas características, o precedente sempre tem força obrigatória – é formalmente vinculante.

Já a jurisprudência, por sua vez, sofreu uma ressignificação no Novo Código de Processo Civil. Compreendida tradicionalmente como “coleção ordenada e sistematizada de decisões reiteradas sobre um mesmo tema jurídico” (MARANHÃO, 2016, p. 9), dependeria assim obviamente da existência de inúmeros julgamentos de casos para a sua configuração. Além de tudo, não teria força vinculante. Já o Novo Código de Processo Civil, em seu art. 927, III, cria a jurisprudência vinculante, ao garantir obrigatória observação aos acórdãos – atente-se, aqui, que o legislador deveria ter feito menção às razões presentes nas fundamentações - em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas. Assim, essa particular formalidade, aliada ao caráter obrigatório e dispensa da reiteração de julgamentos, consiste na distinção entre a jurisprudência e a jurisprudência vinculante (MITIDIERO, 2016, p. 109-110).

De qualquer forma, levando-se em conta o caráter tradicional de jurisprudência, e a tarefa normalmente conferida às Cortes de Justiça, temos que os precedentes só são formados pelas Cortes de Vértice. Cabe aos tribunais de apelação dar início à tarefa interpretativa do direito – a partir da análise do caso concreto, explorar os possíveis significados dos textos jurídicos (MITIDIERO, 2016, p. 90) -, e, a partir desses resultados, buscar a uniformidade dessas soluções, no que compreenderia a

jurisprudência uniforme (MARINONI, 2016, p. 291). Cabe às cortes supremas, mediante a tarefa adscritiva da interpretação, instituírem o “sentido do direito que deve regular a vida social e ser observado pelos juízes e tribunais” (MARINONI, 2016, p. 289), elaborando os precedentes.

Com estes esclarecimentos, podemos perceber a diferença das posições em que se encontram os precedentes e a jurisprudência, afastando parte da confusão gerada pelo art. 927 do Novo Código de Processo Civil. Por fim, devemos ressaltar a diferença entre súmulas e precedentes, que são colocadas pelo legislador como se estivessem no mesmo nível e cumprissem a mesma função, o que não é verdade. Como explica Mitidiero:

É um equívoco, portanto, tratá-los [precedentes e súmulas] como se estivessem no mesmo plano, como faz o art. 927 do CPC. Súmulas são enunciados que visam a retratar de modo simples e direto precedentes. Em uma palavra: são extratos. Súmulas, portanto, são enunciados que visam a retratar precedentes, alocando-se em um *nível acima do nível* do precedente. Por essa razão é que obviamente devem se ater às circunstâncias fático-jurídicas que deram azo à formação dos precedentes subjacentes (art. 926, § 2º, do CPC). Isso quer dizer que o legislador deveria ter dito que os precedentes – enunciados ou não em súmulas, vinculantes ou não – obrigam juízes e tribunais. Rigorosamente não são as súmulas que obrigam, mas os precedentes subjacentes. (MITIDIERO, 2016, p. 109)

Com essa distinção, é possível perceber que a súmula é um enunciado sobre o precedente que se coloca em nível distinto deste. No final do dia, o conteúdo relevante é aquele encontrado na *ratio decidendi* do precedente subjacente à súmula.

Finalmente, percebe-se então a incompletude do art. 927 do Código de Processo Civil, no manejo com o instituto dos precedentes, ao se constatar que o legislador acabou dizendo ao mesmo tempo “mais e menos do que deveria dizer” (MITIDIERO, 2016, p. 107). Confunde o efeito *erga omnes* com a vinculação do precedente, ao não fazer menção explícita à *ratio decidendi* das decisões, no inciso I, que trata da vinculação às decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade – não atenta para o fato de que, quando se fala em precedentes, o que vincula seriam os motivos determinantes da decisão, e não a sua parte dispositiva, que obviamente produz coisa julgada *erga omnes* (MARINONI, 2016, p.

285). Além disso, também indevidamente leva a crer que a formação de precedentes pelas cortes supremas depende de um tipo específico de forma, ou que é caracterizado pela quantidade de julgamentos, como disposto no inciso III, que prescreve a observação de acórdãos de julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos. Isso reforça a idéia de que o art. 927 é apenas exemplificativo, pois obviamente não se deve olvidar que não é a forma que caracteriza o precedente formulado pelas Cortes Supremas – não são apenas decisões proferidas em recursos repetitivos que podem se firmar como precedentes e outorgar sentido e unidade ao direito, mas qualquer *ratio decidendi* que possa ser percebida em acórdãos em recursos extraordinário e especial (MARINONI, 2016, p. 286).

Compreendido o lugar do precedente no interior do ordenamento jurídico e sua distinção de outros elementos a ele similares, porém, visivelmente diferentes, podemos passar para a descrição de duas técnicas importantes para a sua correta aplicação: as técnicas do *distinguishing* e do *overruling*.

4.2. A TÉCNICA DA DISTINÇÃO (*DISTINGUISHING*)

Até aqui passamos por alguns problemas semânticos relativos ao sistema de precedentes adotados pelo Novo Código de Processo Civil. Foram explicados o conceito de precedente e a *ratio decidendi* como formadora de seu núcleo essencial. Com esse conhecimento, é possível perceber também que o Novo Código possui também grandes acertos no que tange ao assunto discutido. Um grande exemplo disso é o art. 489, § 1º, V e VI, que decreta que nenhuma decisão estará fundamentada quando: “v) se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos” e “vi) deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

Essa exigência de exata demonstração da identificação ou distinção entre os casos busca evitar que a atividade do juiz se torne uma espécie de “boca da jurisprudência”⁹.

Perceba-se que os incisos citados fazem menção aos fundamentos determinantes – ou seja, a *ratio decidendi* - fazendo referência direta à teoria dos precedentes. Como explica Marinoni, a decisão que não cumprir estes parâmetros será considerada nula – destituída de fundamentação – de forma que o código confere aos precedentes um lugar de destaque no ordenamento jurídico contemporâneo. Explica o autor que o Código proíbe dessa maneira duas práticas que vinham tornando-se comuns em nossa realidade jurídica, quais sejam:

i) o simples registro de acórdão de Corte Suprema como fundamento para decidir e ii) a não consideração de acórdão de Corte Suprema invocado pela parte. Em termos de adequada fundamentação, é certo que o mero registro de decisão de Corte Suprema sem a demonstração de que a decisão é precedente e que essa se adapta à solução do caso, é insuficiente. Também não é possível que o juiz, diante dos argumentos da parte e do caso a ser solucionado, possa simplesmente ignorar decisão de Corte Suprema, deixando de demonstrar que a decisão não tem característica de precedente ou que esse não se aplica ao caso sob julgamento. (MARINONI, 2016, p. 338)

Aqui, será dedicado especial interesse à parte final do inc. VI do § 1º do art. 489, do Código de 2015. Como diz, as decisões serão tratadas como carentes de fundamentação quando deixarem de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente “sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”. Com isso, fica claro que apesar do poder vinculante dos precedentes, há casos em que este poder pode ser afastado pelos tribunais – ainda que tribunais de justiça não possam revogar precedentes, sendo esta tarefa exclusiva da Corte Suprema que os emitiu (ZANETI JR., 2016, p. 315-316).

O dispositivo citado traz da teoria dos precedentes dois aspectos que permitem o afastamento do poder vinculante dos precedentes: a técnica da distinção

⁹ “O juiz, assim, não pode ser assim só a boca da jurisprudência (como já o fora da lei, na época dos exegetas), repetindo ementas ou trechos de julgados descontextualizados dos fatos, ou usar julgados pontuais porque precisa ter uma noção do que os julgadores do passado fizeram coletivamente. Não dá para usar julgados isolados como se estes representassem a completude do entendimento de um tribunal. Isso, além de uma simplificação odiosa, está em desconformidade com a prática do *common law* de que se diz estar buscando inspiração. (THEODORO JR et al, 2015, p. 249).

(*distinguishing*) e a técnica da superação (*overruling*). Neste tópico dedicaremos especial atenção ao *distinguishing* e no próximo trabalharemos com o conceito e aplicação do *overruling*.

Em termos muito gerais, a superação seria a alteração integral do precedente, ou seja, sua revogação (MITIDIERO, 2016, p. 119). A distinção, por sua vez, compreende a “existência de particularidades fático-jurídicas não presentes (...) no precedente” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 608); demonstra-se como a técnica a partir da qual o poder vinculante do precedente é afastado para um caso específico no qual se conclua haver novo fato distinto – “distinção no caso em julgamento” – que justifique uma decisão diferente daquela do caso-precedente:

... o surgimento de uma nova situação não tratada nos precedentes (...) pode não impor o *overruling*, mas o *distinguishing*. No *common law*, quando uma nova circunstância fática torna o caso sob julgamento diverso daquele de onde se originou o precedente, há um caso que, em princípio, não se amolda ao precedente. Não obstante, se este novo fato embora delineando novo caso, é compatível com as proposições sociais que justificaram o precedente não há razão para *overruling*, devendo ser feito *distinguishing* ou, nos termos de Eisenberg, *overriding*. Basta que o novo fato, combinado com os fatos presentes no caso primitivo, justifique o ajuste da *ratio decidendi* ao caso sob julgamento. Frise-se que nesta situação, ao contrário do que ocorre na *transformation* ou na distinção inconsistente, preservam-se as razões do precedente ou, para ser mais claro, a sua própria lógica. (MARINONI, 2016, p. 344-345)

A distinção, como visto, deve ser consistente, ou seja, deve compreender uma real diferenciação entre os casos, sem deslegitimar as razões por trás do precedente. A prática da elaboração de distinções inconsistentes, contudo, é presente no direito do *common law* – sem a revogação explícita do precedente, aponta-se para um fato que em verdade não é consistente com as justificativas do precedente (MARINONI, 2016, p. 248).

Como caso emblemático de aplicação da técnica da distinção no Brasil, há o HC 85.185¹⁰ julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. No caso, estava em distinção a Súmula 691 do STF que diz: “Não compete ao Supremo Tribunal Federal

¹⁰ STF, Pleno, HC 85.185, rel. Min. Cezar Peluso, DJ 01.09.2006

conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão de relator que, em *habeas corpus* requerido a Tribunal Superior, indefere a liminar”.

Em relação ao *habeas corpus*, argumentou o impetrante que o caso possuía caráter especial, pois haveria flagrante ilegalidade – novo fato responsável pela distinção - na decisão do Tribunal Superior em questão, de forma que a Súmula 691 deveria ser desconsiderada. O advogado mostrou a razão – o fato da flagrante ilegalidade - pela qual o seu caso era diferente do caso paradigma, levando os julgadores a decidirem pelo *distinguishing*, ou seja, pela não aplicação do precedente, haja visto que “o caso sob julgamento simplesmente recai fora do âmbito do precedente” (MITIDIERO, 2016, p. 119). Fora demonstrado a não aplicação da *ratio decidendi* do precedente ao caso sob julgamento, em virtude da não similitude fática, da existência de fato distintivo (MARINONI, 2016, p. 230).

Como Marinoni demonstra, após a edição da Súmula 691, houve diversos casos em que o Supremo Tribunal Federal levou em consideração a existência de flagrante constrangimento ilegal para conhecer do *habeas corpus* indeferido por decisão de relator de Tribunal Superior (MARINONI, 2016, p. 345). Essa manutenção da Súmula mostra a consistência entre as razões do precedente e da situação delineada com o fato responsável pela distinção, ou seja: não houve a superação (*overruling*) do precedente, mas apenas utilizou-se da distinção para a demonstração da “pura e simples ausência de incidência do precedente” (MITIDIERO, 2016, p. 119), quando presente este fato que constitui a diferença entre os casos.

Quanto à precípua função do Superior Tribunal de Justiça de se dar unidade ao direito mediante a uniformização da interpretação de lei federal, também deve-se levar em conta os conceitos de *ratio decidendi* e *distinguishing*, a fim de se respeitar a autoridade de seus precedentes (MARINONI, 2016, p. 357). Mais precisamente quanto ao julgamento de recursos especiais fundados em dissídios jurisprudenciais, conforme art. 105, III, c, da Constituição Federal, deve-se, em consonância com o prescrito no art. 1.029, § 1º, do CPC/2015, atentar-se para “as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados”. Busca-se identificar a divergência entre as *ratio decidendi* das questões presentes nos acórdãos que motivaram o recurso. No REsp 450.659, em que se alegou divergência com acórdão fixado pelo próprio STJ, em trabalho de precisa identificação dos fatos materiais que compreenderiam a racionalidade da decisão desta corte suprema, foi demonstrado a

existência de fato distinto que afastaria a aplicação do precedente, algo similar ao *distinguishing*:

Assim, por exemplo, a Ministra Nancy Andrighi, ao decidir monocraticamente o REsp 450.659, argumentou que “a alegada divergência com acórdão desta Corte, que versa sobre revisão de contratos extintos, não ficou devidamente caracterizada, pois o paradigma analisou situação em que havia prova da continuidade da relação negocial, algo que sequer foi discutido no aresto vergastado. Assim, não estando configurada a similitude fática entre os casos confrontados, estão ausentes os pressupostos mencionados nos arts. 541, parágrafo único, do CPC/1973 [1.029, §1º, do CPC/2015] e 255, §2º, do RISTJ (MARINONI, 2016, p. 355)

A técnica do *distinguishing*, portanto, permite uma abertura necessária à aplicação dos precedentes, exigindo que as peculiaridades do caso presente sejam confrontadas com a *ratio decidendi* do caso-precedente e garantindo que certas circunstâncias especiais possam ser levadas em conta pelo poder judiciário. Dessa forma, dá-se abertura para que o judiciário garanta uma aplicação mais justa e isonômica nas diferenças de cada caso. Como ensina Luiz Guilherme Marinoni:

A questão da aplicação dos precedentes certamente não pode ser “reduzida a um método de trabalho do tribunal”, já que indissociável da necessidade de preservação da coerência da ordem jurídica, assim como da igualdade diante das decisões judiciais e da previsibilidade, sem as quais será impossível outorgar dignidade à função do Supremo Tribunal Federal.

Atualmente, em verdade, é impossível raciocinar sobre a aplicação de precedente sem se ter consciência da sua natureza eminentemente temporal e fragmentária, bem como do aprofundamento dos critérios para a utilização das técnicas que giram ao redor do *distinguishing* e do *overruling*. (MARINONI, 2016, p. 347)

Dessa forma, a técnica da distinção permite que precedentes recém-estabelecidos e, portanto, ainda atualizados e condizentes com a prática jurídica, sejam, ao invés de derrotados e afastados, limitados no que se refere ao seu poder vinculante para atender a uma situação não prevista quando de seu estabelecimento. Ainda se deve deixar claro que o precedente limitado pela técnica do *distinguishing* nem mesmo pode ser considerado como alterado ou transformado: o que a técnica

faz é incluir um caso de exceção diante de fato que não pôde ser previsto anteriormente, ou seja, a técnica limita o alcance do precedente para um caso específico (MARINONI, 2016, p. 347-352).

4.3. A TÉCNICA DA SUPERAÇÃO (*OVERRULING*)

No capítulo anterior, apresentamos como um dos desafios ao uso dos precedentes a superação do perigo de impedir o desenvolvimento do direito de acordo com a evolução do sistema normativo e social. Um ordenamento incapaz de superar seus próprios precedentes não conseguiria dar conta das mudanças na moralidade social e na complexidade normativa do sistema jurídico, de forma que, em pouco tempo, estaria completamente desatualizado e não seria capaz de cumprir seu papel na ordem social em que se impõe, por não ser condizente com ela, ou mesmo por conta da falta de sua consistência sistêmica, ao não mais “guardar coerência com outras decisões” (MARINONI, 2016, p. 252).

Dessa forma, se faz necessário um mecanismo – uma técnica – capaz de manter o sistema de precedentes atualizado tanto com o direito quanto com a sociedade. Precedentes devem poder ser vencidos, alterados, revogados. Se faz necessária uma nova visão sobre sua correta aplicação em termos de repercussão geral: impõe-se a necessidade de sua superação.

Para tanto é que serve a técnica do *overruling*, que, como ensina Mitidiero, seria a técnica de alteração integral do conteúdo de um precedente (MITIDIERO, 2016, p. 119) ou, em outras palavras, a sua revogação, a perda de sua força vinculante e sua substituição por outro precedente (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 494). Ao Novo Código de Processo Civil não passou despercebida a importância da técnica de modificação do precedente para a manutenção do ordenamento jurídico. Segundo o art. 927, § 4º:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

Em face deste dispositivo devemos ter em mente um aspecto importante do ordenamento: a função contemporânea das Cortes Supremas é a de atribuir sentido ao direito e, assim, orientar a sociedade. Ensina Marinoni que a função das Cortes Supremas atualmente deixou de ser meramente de correção, assumindo a função primordial de atribuição de sentido. Dessa forma, a formação de precedentes seria uma consequência lógica da própria função da corte (MARINONI, 2016, p. 357-358). A superação destes precedentes, também, por óbvio, cabe apenas à corte competente para sua formação. Imaginar que uma corte inferior possa se afastar de um precedente formado por uma corte suprema é absurdo. Neste caso, não há divergência, mas desobediência (MITIDIERO, 2016, p. 120-122).

O dispositivo supracitado também menciona apenas “tese adotada em julgamento de casos repetitivos”, esquecendo de outros tipos de precedentes, como os firmados em repercussão geral. Ensina Marinoni que a lei está equivocada. O que é importante para o Supremo Tribunal Federal não é a existência de casos repetitivos, mas sim de repercussão geral – que é pré-requisito para o julgamento daqueles casos (MARINONI, 2016, p. 358). Nas palavras do autor:

Como já demonstrado, a técnica dos recursos repetitivos nada tem a ver com precedentes (voltados a orientar a sociedade), resumindo-se a meio destinado a facilitar o julgamento dos casos de massa. Pense-se, por exemplo, na decisão firmada no caso de união entre pessoas do mesmo sexo. Esta decisão, segundo o § 4º do art. 927 – e outras normas do novo código – estaria desprotegida da tutela conferida aos precedentes firmados em casos repetitivos. Lamentavelmente o código cometeu equívoco primário ao não perceber que a função das Cortes Supremas não é a de resolver casos de massa, mas a de definir questões de repercussão geral, de grande impacto para a sociedade, local em que eventualmente, mas não sempre, os casos repetitivos poderão estar. (MARINONI, 2016, p. 358)

Ainda assim o § 4º do art. 927 traz consigo uma importante característica da técnica do *overruling*: deve levar em consideração, devidamente fundamentada, os

princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. Precedentes são revogados quando não mais condizem com a realidade social e moral ou com a realidade sistêmica e normativa do ordenamento; contudo, deve evitar ferir “os princípios básicos que sustentam a regra do *stare decisis* – segurança jurídica, liberdade e igualdade” (MITIDIERO, 2016, p. 120). Ou seja, precedentes são revogados quando se demonstra não mais poderem coexistir com o ordenamento sem ferir os princípios de justiça e segurança jurídica (MARINONI, 2016, p. 359).

Ressalte-se ainda a menção, no dispositivo, da necessidade de fundamentação adequada e específica, como arma contra a arbitrariedade das Cortes brasileiras, combatendo casos recorrentes em nossa jurisdição de precedentes que são revogados pela simples discordância das cortes em relação a sua *ratio decidendi* (MARINONI, 2016, p. 359).

Verificável, contudo, é a hipótese do que é conhecido no direito anglo-saxão como *anticipatory overruling*. Ocorre quando as cortes de apelação, em virtude de alteração implícita de posicionamento das cortes supremas quanto à precedente, resolvem não aplicá-lo (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 506). Seria uma espécie de “antecipação à provável revogação de precedente por parte da Suprema Corte” (MARINONI, 2016, p. 260). No caso do Brasil, uma corte de justiça, percebendo o enfraquecimento da autoridade do precedente na corte suprema, pode deixar de adotá-lo, mediante ônus argumentativo, conforme preceituado no art. 489, §1º, VI, do CPC/2015 (MARINONI, 2016, p. 268).

O código prevê (art. 927, §2º), ainda, a possibilidade de participação de pessoas interessadas na discussão a respeito da superação do precedente, mediante a realização de audiências públicas e debates, buscando a maior amplitude possível do espaço de diálogo (MITIDIERO, 2016, p. 120).

4.3.1. Modulação dos efeitos na técnica do *overruling*

Como se extrai do § 4º do art. 927 do Novo Código, o legislador dedicou especial atenção aos cuidados com o exame de questões de segurança jurídica. A decisão que revoga precedente deve estar adequada e especificamente fundamentada, levando em consideração questões fundamentais de segurança

jurídica, como a garantia da confiabilidade e da isonomia. Nesse sentido, preocupado com a garantia da confiabilidade no direito e nos precedentes estabelecidos é que diz o § 3º, do art. 927:

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

Tendo em mente que as Cortes Supremas assumiram o papel de cortes de interpretação, ou seja, de cortes de precedentes, então se deve perceber que a revogação de precedente estabelecido resulta numa mudança de interpretação devido a mudança da sociedade ou do ordenamento, de forma que a *ratio* revogada não é revogada simplesmente porque sempre esteve errada, ainda que esta seja uma possibilidade, mas porque a evolução social-normativa exige uma nova interpretação.

Dessa forma, dependendo das peculiaridades do caso, o Novo Código dá as Cortes Supremas uma abertura no sentido de modular os efeitos da revogação do precedente, permitindo que o novo precedente tenha sua aplicação limitada. Essa limitação serviria como garante da segurança jurídica, já que a revogação de um precedente implica na exigência de mudança de comportamentos sociais que até o *overruling* eram a regra (MARINONI, 2016, p. 359-361).

Existem diferentes meios para a regulação dos efeitos temporais. Uma dessas ferramentas é a outorga de efeitos exclusivamente prospectivos ao *overruling*, assim indo contra a regra da retroatividade de seus efeitos. Dessa forma, são protegidas da decisão revogadora as situações passadas, cujo aperfeiçoamento se deu com base no antigo precedente. O *pure prospective overruling* ocorreria quando nem o próprio caso sob julgamento seja regulado pela nova regra, mas apenas os posteriores (MARINONI, 2016, p. 271). Outra possibilidade, ainda, seria a de sobrestar os efeitos da revogação até determinada data (MARINONI, 2016, p. 361), no que é conhecido no *common law* como *prospective prospective overruling*.

Estes distintos métodos são eficazes na garantia da confiabilidade no ordenamento jurídico. São de fundamental importância para casos nos quais o precedente tem grande influência em questões de planejamento e estratégias, assim como contratos de longo prazo. O terceiro método tem especial importância para

casos em que a decisão revogadora passa a exigir mudança de comportamento de hábito praticado já há muito tempo. Perceba-se que, nos dois primeiros casos, se confere tutela a um direito antigo, enquanto no terceiro caso se busca garantir que o jurisdicionado não seja pego de surpresa por uma nova decisão (MARINONI, 2016, p. 361).

De todo modo, certos requisitos devem ser preenchidos para que a Corte deva aplicar a modulação temporal dos efeitos da revogação de precedente. Como ensina Marinoni:

Há, na modulação dos efeitos temporais da decisão revogadora de precedente, uma tensão entre as razões ou a substância do novo precedente, que equivale ao direito que deve regular a vida em sociedade em determinado momento histórico, e a segurança jurídica, especialmente nas suas feições de confiança e previsibilidade. A confiança apenas merece tutela, diante da revogação de precedente, quando há “confiança justificada”, ou seja, confiança qualificada por critérios que façam ver que o precedente racionalmente merecia confiança à época em que os fatos se passaram. Vale dizer que não basta qualquer confiança, exigindo-se uma confiança racionalmente aceitável. (MARINONI, 2016, p. 360)

Um caso interessante em que houve modulação dos efeitos na revogação dos precedentes é o originado de mudança de entendimento acerca do prazo recursal do Ministério Público, pelo STF, no HC 83.255/SP. O Superior Tribunal de Justiça seguiu a nova orientação¹¹ – que agora determinava que o prazo começava a partir do momento da entrada dos autos na instituição, e não mais com nota de ciência exarada nos autos -, porém atribuiu efeitos prospectivos à nova *ratio decidendi*, impedindo a retroatividade dos efeitos do precedente (MARINONI, 2016, p. 373-374). Desta forma, manteve a tempestividade e validade dos recursos interpostos na vigência do precedente revogado, protegendo a confiança justificada neste.

Assim, o critério para a aplicação da modulação dos efeitos é o da “confiança justificada”. Como ensina Marinoni, para que o judiciário deva modular os efeitos do precedente, deve ser demonstrado que a decisão revogada gozava de confiança em

¹¹ STJ, 5ª T., HC 28.598/MG, rel. Min. Laurita Vaz, DJ 01.08.2005

momento passado, sendo fonte importante de orientação de comportamento para os jurisdicionados (MARINONI, 2016, p. 375).

5. CONCLUSÃO

Como se demonstrou do desenvolvimento histórico do sistema do *Common Law*, algumas mudanças de paradigma precisaram ser operadas para que se percebesse a importância da adoção de um sistema de precedentes eficiente. Por muito tempo no desenvolvimento dos ordenamentos jurídicos continentais imperou o mito do juiz inanimado, que seria um aplicador neutro da lei. Apenas com a desconstrução deste mito e com a compreensão da importância da interpretação judicial na definição das decisões judiciais é que se pode vislumbrar a importância do uso de precedentes e da adoção de técnicas para a sua distinção e renovação.

Como se vê, o precedente de fato é uma ferramenta eficaz para a garantia da segurança jurídica e da igualdade diante das decisões judiciais. Um ordenamento coerente e confiável não pode permitir que casos iguais sejam decididos de forma diferente. Dessa maneira, a teoria dos precedentes vem como uma técnica importante para que as Cortes Supremas consigam outorgar unidade ao direito e corrigir as decisões das cortes de justiça, exigindo destas o cumprimento de seu papel hierárquico e constitucional de garantir a uniformização da jurisprudência.

Com a compreensão contemporânea de que as Cortes Supremas devem funcionar como cortes de interpretação, se torna imprescindível a adoção de um sistema de precedentes e a exigência de seu respeito por parte das cortes de justiça. Isso não passou despercebido ao legislador que deu ao precedente um espaço privilegiado no Novo Código de Processo Civil.

Se por um lado, como demonstrado, é possível identificar alguns defeitos conceituais no que se refere à regulação de precedentes no Código de Processo Civil de 2015, por outro lado, a legislação incorpora em nosso ordenamento um remédio demasiadamente necessário para a garantia da eficiência do poder judiciário, assim como para a regulação adequada da hierarquia entre as cortes.

Entre os desafios ao uso dos precedentes, identifica-se a maior dificuldade no que se refere a atualização do direito em face da evolução constante e inevitável da realidade social-normativa. As relações sociais mudam com o tempo e com elas também muda a realidade moral na qual está imerso o ordenamento jurídico. Muda também o ordenamento jurídico a todo tempo. Para se manter conectado com a

realidade, o direito que adota um sistema de precedentes deve ser capaz de superar a *ratio decidendi* que se mostra desatualizada, seja em face da nova realidade social, seja em face na nova realidade sistêmica-normativa.

Dessa forma, com grande acerto, o Código de Processo Civil de 2015 garante ao judiciário o poder de revogar seus próprios precedentes a partir da técnica do *overruling*. Sem esquecer que precedentes, enquanto tipos normativos, servem como razões para agir dos jurisdicionados e, atento, portanto, à garantia da segurança jurídica, o legislador ainda garantiu às Cortes o poder de modular os efeitos da revogação temporalmente, garantindo assim que precedentes revogados, mas detentores de confiança justificada, continuassem sendo aplicados para situações passadas à revogação.

Além disso, o legislador ainda garantiu a possibilidade do uso da técnica do *distinguishing*, compreendendo muito bem o caráter material do precedente, que nunca está desligado da realidade fático-jurídica que envolve o caso. Dessa maneira, permite-se que casos excepcionais, não previstos pelo precedente, possam afastar o poder vinculante da *ratio decidendi* do caso-precedente, em nome da correta aplicação do direito e da garantia da isonomia, exigindo diferença na decisão de casos desiguais.

A garantia destas técnicas que permitem a dinamicidade do precedente, assim, leva a concluir pelo acerto do Novo Código de Processo Civil em perceber a eterna reconstrução do direito como dependente da relação cooperativa entre a legislação, a jurisdição e a doutrina.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2011

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil, vol 2: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10ªed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

HART, Herbert H. A. **O Conceito de Direito**. Tradução: A. Ribeiro Mendes. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

MARANHÃO, Clayton. **Jurisprudência, Precedente e Súmula no Direito Brasileiro**. Trabalho apresentado no IV Consinter. Universidade Complutense de Madrid. 2016 (anais no prelo).

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil, vol 2: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. São Paulo: RT, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2016.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: RT, 2016

THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ZANETI JR., Hermes. **O Valor Vinculante dos Precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 2ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.